

UNIVERSITÉ DE PARIS · FACULTÉ DE PARIS

Du
ROLE DU NOTAIRE
à la
Constitution des Sociétés
par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(*Ès-Sciences Juridiques*)

présentée par

M. Henri LOMBARD

Date de la Soutenance : le 12 Mars à 14 heures

JURY :

Président : M. HÉMARD

Suffragants } M. PILON
 } M. JULLIOT de la MIRAUDIÈRE

PARIS

LES PRESSES MODERNES

45, Rue Maubeuge

1926

DU ROLE DU NOTAIRE

à la Constitution des Sociétés

par Actions

UNIVERSITÉ DE PARIS . FACULTÉ DE PARIS

Du
ROLE DU NOTAIRE
à la
Constitution des Sociétés
par Actions

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Ès-Sciences Juridiques)

présentée par

M. Henri LOMBARD

Date de la Soutenance : le 12 Mars à 14 heures

JURY :

Président : M. HÉMARD

Suffragants } M. PILON
 } M. JULLIOT de la MIRAUDIÈRE

PARIS

LES PRESSES MODERNES

45, Rue de Maubeuge

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises
dans les thèses, ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Quel est actuellement et quel sera dans l'avenir en droit français le rôle du notaire quant à la constitution des Sociétés par actions ? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner.

Elle est d'actualité puisque le projet de réforme de notre législation sur les Sociétés par actions, qui vise expressément les fonctions notariales, est toujours à l'étude devant le Parlement. Elle est d'importance, puisqu'il est peu de matière qui touche plus à l'intérêt général que celle des Sociétés par actions.

Les Sociétés par actions sont en effet un instrument remarquable d'expansion économique.

A l'inverse des autres formes d'association (Sociétés formées en conformité des art. 1832 et d. c. c. en nom collectif ou en commandite simple), qui n'ont pu réaliser les aspirations du commerce et de l'industrie modernes parce qu'elles reposaient toutes sur « l'intuitus personæ » et étaient de ce fait limitées dans le temps et dans l'espace, les sociétés par actions possèdent un vaste champ d'action.

Plus de limite dans l'espace, la rapidité et le perfectionnement des communications, une puissante publicité permettent de répandre, prospectus, bulletins de souscription dans toutes les parties du monde. Plus de limite dans le temps : la mort, l'interdiction, la faillite ou la liquidation judiciaire qui sont autant de

causes de dissolution des Sociétés de personnes, restent dans l'influence sur l'existence des Sociétés par actions. Les titulaires d'actions se succèdent, la Société subsiste. Par la concentration des capitaux drainés sur toute la surface du globe qui mettent à leur disposition de formidables moyens d'action, par le temps illimité dont elles disposent pour entreprendre les plus longs travaux, les Sociétés par actions et surtout la forme anonyme sont l'instrument d'exploitation par excellence des grandes découvertes scientifiques des temps modernes : (gaz, vapeur, électricité), que mettent en valeur de puissantes Sociétés industrielles et commerciales, compagnies de chemins de fer, grandes compagnies de navigations etc... Elles permettent de produire dans les meilleures conditions le rendement, la plus grande quantité et souvent la meilleure qualité, et il ne viendrait plus à l'esprit de personne d'en contester l'utilité.

Mais si les Sociétés par actions favorisent l'essor industriel et commercial, elles sont aussi un instrument redoutable entre les mains des personnes malhonnêtes. Par la modicité des titres qu'elles mettent à la portée de toutes les bourses, par l'absence de responsabilités effectives qui caractérisent la forme anonyme (1) elles facilitent les fraudes les plus diverses :

(1) *Les membres du Conseil d'administration qui gèrent la Société anonyme n'étant responsables que de leur faute personnelle, pourront ne pas apporter dans la direction de l'affaire les mêmes soins qu'un gérant responsable sur sa fortune propre de l'excédent du passif social.*

fraudes de constitution telles que l'absence ou la fictivité du capital social (1) la majoration des apports en nature ou l'attribution injustifiée d'avantages particuliers (2) fraudes de fonctionnement, telles que la falsification des inventaires et bilans annuels et la distribution de dividendes fictifs. La fictivité des souscriptions et versements et la majoration des apports sont les vices principaux de la constitution des Sociétés par actions, ce sont des vices de fond, ils ne sont pas les seuls. La constitution peut encore être viciée par l'absence ou l'irrégularité de l'acte écrit ou statuts, charte organique de la société naissante, par l'absence ou l'irrégularité de la déclaration notariée de souscription et versement, enfin par l'absence ou l'irrégularité de la publicité légale prescrite par la loi, qui sont des vices de forme.

Et la fraude est encore facilitée par le mode de la formation simultanée qui permet aux fondateurs groupés en syndicats de procéder entre eux seuls à

(1) Outre l'absence ou la fictivité du capital social, qui sont punies par la loi, les créanciers pourront être lésés par l'insuffisance du capital social résultant de ce fait que la loi française permet l'émission d'obligations pour un chiffre bien supérieur à celui du capital-actions. La plupart des législations étrangères limitent au montant du capital actions la faculté d'émettre des obligations.

(3) *Gastambide. — Le fondement rationnel de la réglementation légale des Sociétés par actions* : « Cette exagération dans l'évaluation des apports constitue l'*overcapitalisation* qui a justement préoccupé tous les législateurs des Sociétés par actions depuis un demi-siècle, et les Américains l'appellent le « *mouillage du capital* ».

la constitution, d'éviter ou de rendre illusoirs la plupart des formalités à instituer par la loi fondamentale du 24 juillet 1867 pour protéger l'épargne (1).

Pour assurer la réalité du capital social et procurer à la société naissante des ressources suffisantes immédiates, la loi du 24 juillet 1867 exige que le capital social soit intégralement souscrit et qu'il soit versé, lors de la souscription, sur le montant de chaque titre numéraire souscrit, le quart au moins du montant de la valeur nominale (actions de 100 fr. ou plus). Pour assurer l'observation des 2 conditions précédentes, essentielles, elle impose aux fondateurs de Sociétés par actions la déclaration notariée de souscription et versement dont elle confie la vérification ainsi que l'évaluation des apports en nature et la vérification des attributions d'avantages particuliers aux souscripteurs réunis en Assemblée générale constitutive, qui sont les principaux intéressés. Enfin ces diverses formalités accomplies la constitution so-

(1) Tout se passe régulièrement en apparence, toutes les formalités constitutives sont scrupuleusement observées. L'affaire Rochette, il y a quelques années, est un exemple de sociétés régulières en la forme et frauduleuse au fond. Au contraire de la fable, en la circonstance, c'est le fonds qui manque le plus. Les fondateurs véreux qui constituent ces sociétés mort-nées savent fort bien que le but même de l'entreprise est irréalisable, qu'il n'a jamais existé que dans leur cerveau ; peu importe, ou non sonore, exotique souvent, du papier bariolé, une réclame effarante, et l'affaire est lancée. Dans quelques mois, elle disparaîtra non sans avoir atteint son but qui est de faire passer l'argent des autres dans la poche des fondateurs.

ciale est portée à la connaissance de tous : 1° par le dépôt des pièces constitutives aux greffes des tribunaux de commerce et de paix, tant des succursales que du siège social ; 2° par la publication d'un extrait des mêmes pièces dans les mêmes localités ; 3° par l'indication du montant du capital social après la dénomination sociale (1). S l'on considère que l'inobservation des formalités constitutives ou de publicité est sanctionnée par la nullité de la Société et la responsabilité civile et pénale des fondateurs, il semble que le législateur de 1867 ne pouvait mieux faire pour protéger les associés et les tiers inétreessés contre les entreprises des mêmes fondateurs. Et pourtant les résultats fournis par l'expérimentation n'ont pas répondu à l'attente du législateur.

La loi du 24 juillet 1867, quoique très étudiée, ne protège pas suffisamment les intérêts des associés.

(1) La composition du capital social est encore assurée par les dispositions légales suivantes : fixation d'un taux minimum pour les actions selon leur importance, nombre minimum de 7 actionnaires pour composer une Société anonyme, dissolution anticipée possible par l'assemblée générale des actionnaires de la Société dont le capital social est diminué des 3/4, actions numéraires nominatives jusqu'à leur libération intégrale, libération intégrale des actions d'apport avant la constitution de la Société, indisponibilité des actions d'apport pendant 2 ans de la constitution. La publicité est complétée par la loi du 30 janvier 1907 qui exige la publication d'une notice explicative atant toute vente publique de titres et par la loi du 18 mars 1919 qui introduit en France la publicité par inscription au registre du commerce. L'ensemble de toutes ces dispositions est imposant sinon toujours judicieux.

Elle néglige complètement la rédaction des statuts qui sont cependant la première et la plus importante des formalités constitutives. Elle laisse toute liberté aux fondateurs qui peuvent être des commerçants ou des industriels avisés, mais sont généralement de très mauvais juristes doublés parfois de financiers peu scrupuleux. Aucun renseignement n'est procuré aux intéressés avant la souscription, et les statuts ne sont qu'un projet qui reste modifiable jusqu'à la constitution définitive de la Société. En sorte que le souscripteur n'est jamais sûr de contracter en connaissance de cause. La plupart du temps, il s'engage sur un texte qu'il ne connaît que par les prospectus plus ou moins mensongers et sans caractère officiel répandus dans le public. Même s'il a lu les statuts officiels et c'est très rare, il n'est jamais sûr que des modifications ultérieures importantes ne viendront pas modifier le texte sur lequel il a souscrit. Enfin le législateur de 1867 prononce la responsabilité des fondateurs sans indiquer quels sont les fondateurs.

Elle ne protège pas davantage les intérêts des tiers, parce que les prescriptions qu'elle a édictées pour assurer la réalisation du capital social sont restées vaines. La déclaration notariée de souscription et versement, a pour raison d'être, officiellement tout au moins (1), l'authenticité à conférer aux déclarations des fondateurs et la conservation des pièces annexées.

(1) *Infra.* Rôle officieux du notaire qui reçoit la déclaration de souscription et de versement.

elle ne saurait empêcher la fictivité des souscriptions et versements ni les majorations d'apport. Tout au plus, le notaire peut-il, en prévenant les promoteurs des sanctions civiles et pénales qu'ils encourent, agir par intimidation... quand les promoteurs veulent bien se laisser intimider, ce qui est plutôt rare. La déclaration notariée vaut ce qu'évalent les fondateurs et la liste des souscripteurs et des versements qui y sont annexées, ne prouvent rien puisqu'elles émanent des intéressés. La vérification par l'Assemblée générale constitutive paraît plus efficace. En réalité, elle est illusoire. Les actionnaires venus parfois de très loin à l'Assemblée générale ne se connaissent pas, la plupart sont ignorants des affaires de Société, quant à ceux qui possèdent quelque expérience, ou bien ils sont trop emballés pour réfléchir et font confiance entière aux promoteurs, ou bien ils sont noyés dans la masse des ignorants, des confiants ou des compar-ses (1) dont la forte majorité étouffera facilement leurs protestations isolées. Du côté des actionnaires, on ne trouve que désunion ou faiblesse, du côté promoteurs une force consciente et organisée, la partie est trop inégale entre ces deux groupes d'intérêts divergents. Du reste, même unis et conscients, et le voudraient-ils, les actionnaires ne pourraient se faire

(1) Les fondateurs proposent aux souscripteurs qui ne peuvent assister aux délibérations de l'assemblée générale constitutive, des mandataires pour les représenter. Ils disposent des voix de ces mandataires qui sont parfois très nombreuses et toujours à leur dévotion.

une juste opinion, faute de documents sérieux pour l'établir, car on ne peut considérer comme tels la liste des souscripteurs et l'état des versements annexés à la déclaration notariée. Le législateur de 1867 a cru apporter un appoint intéressant à la vérification des souscriptions et versements en chargeant de ce soin, après l'Assemblée générale constitutive des actionnaires, les premiers administrateurs de la Société anonyme. L'expérience a révélé qu'il s'était encore trompé. L'administrateur nommé par l'Assemblée constitutive, généralement sur la proposition des fondateurs, ne voudra pas faire à ces derniers l'injure de les soupçonner. De deux choses l'une : ou bien il acceptera immédiatement, sans demander au préalable un délai indispensable à la vérification (1), et sa responsabilité se trouvera engagée de ce fait, ou bien s'il craint d'engager sa responsabilité, il refusera les fonctions d'Administrateur. Dans la première hypothèse, il se gardera bien de dénoncer les irrégularités qu'il a pu découvrir par la suite et de toute façon l'initiative du législateur est inopérante.

Les mêmes vices entachent la vérification par l'Assemblée constitutive de la valeur des apports en nature et de l'attribution des avantages particuliers : même apparence de vérification sérieuse démentie par

(1) Ce délai ne lui serait d'ailleurs pas accordé. Les fondateurs qui ont toujours un remplaçant à leur disposition, proposeraient une autre personne que l'assemblée générale s'empresserait de nommer.

les faits, même faiblesse des actionnaires qui s'ignorent, en face des fondateurs conscients et organisés, même absence de documentation sérieuse ; le rapport que les commissaires aux apports font à l'Assemblée sur ce sujet ne présente, en effet, aucune garantie de sincérité, c'est un semblant d'expertise préalable opéré par des organes tout dévoués aux fondateurs (1). Les commissaires, en effet, se bornent la plupart du temps à établir un rapport anodin d'après les instructions mêmes qui leur sont fournies par les fondateurs. La vérification opérée par l'Assemblée constitutive, telle qu'elle est organisée par la loi de 1867 est un simulacre d'autant plus dangereux, qu'il laisse croire au public à une vérification sérieuse et le berce d'une sécurité trompeuse. «

Elle organise une publicité *inefficace* par suite de la dispersion des insertions d'extraits dans une multitude de feuilles locales disséminées sur toute l'étendue du territoire, *coûteuse* par suite du dépôt des pièces constitutives à deux greffes distincts, de la répétition des dépôts au greffe et insertions d'extraits dans les arrondissement où la Société possède des succursales, *incomplète* puisqu'il n'existe pas de publicité préalable à la souscription publique des actions pour renseigner les intéressés.

Elle abuse des nullités et des lourdes responsabi-

(1) Les actionnaires réunis en Assemblée générale nomment toujours les personnes proposées par les fondateurs. Ignorants les uns des autres, ils seraient bien embarrassés de proposer l'un d'entre eux.

lités qui éloignent de la constitution les personnes sérieuses sans en écarter les escrocs .

C'est pourquoi au lendemain même de sa mise en vigueur, de nombreux projets ont été déposés pour réformer la loi du 24 juillet 1867, projets qui ont été rejetés tour à tour ou même n'ont jamais été discutés : tels le projet Vavasseur en 1875 ; le projet élaboré par la Commission extra-parlementaire en 1882, adopté par le Sénat en 1884 mais repoussé par la Chambre pour son excessive sévérité bien qu'il contienne des dispositions remarquables (1) ; le proje Thévenet, d'un libéralisme excessif, qui propose, le premier, de supprimer la déclaration notariée de souscription et versement, comme il propose de supprimer toute réglementation susceptible de gêner l'initiative des fon-

(1) Le projet de 1884 propose notamment : l'expertise, facultative il est vrai, à la constitution et aux apports ; la création d'un organe officiel unique centralisateur de la publicité pour les sociétés par actions ; la publication préalable à la souscription publique, de l'acte projet de société ; la réglementation du bulletin de souscription ; l'indisponibilité des actions d'apport pendant deux ans, du jour de la constitution et leur libération intégrale immédiate. Ces dispositions, à l'exception de l'expertise qui a soulevé une vive opposition, ont été adoptées dans les lois et projets de loi suivants ; c'est le meilleur hommage qui puisse être rendu à la clairvoyance du législateur de 1884.

dateurs (1), enfin le projet élaboré par la Commission extra-parlementaire de 1902.

Ce projet qui a été déposé pour la première fois par M. le Garde des Sceaux Vallé, sur le bureau de la Chambre des députés, le 3 avril 1901, et a fait l'objet des délibérations récentes de la Société d'études législatives (Bulletin Société Etudes Législatives 1918-1919), stipule en son article 1^{er}, § 12, 3^e et 4^e alinéas : « Les gérants dressent la liste nominative des souscripteurs contenant les noms, prénoms, profession, demeure et le nombre d'actions souscrites par chacun d'eux, ainsi que l'état des versements. Ils en opèrent le dépôt au Greffe du Tribunal de Commerce du lieu où la Société est établie. *Une déclaration signée des gérants et déposée par eux au même Greffe constate que la souscription et le versement exigés par le présent article ont eu lieu.* A cette déclaration est annexé le reçu délivré par l'établissement dépositaire des fonds versés. Il est dressé acte de ces dépôts par le greffier », et en l'art. II, § 2 : « Toutes les formalités imposées au gérant par les 1 et 4 sont remplies par les fondateurs de la Société anonyme ». C'est la

(1) Le projet Thévenet n'exige plus le minimum de 7 actionnaires pour constituer une Société anonyme, il supprime également le taux minimum des actions, la nécessité du versement du quart sous réserve toutefois d'une publicité rigoureuse ; *il substitue à la déclaration de souscription et versement par devant notaire une déclaration identique au greffe du Tribunal de Commerce où elle reste déposée avec l'acte de société annexé.* Il maintient cependant la souscription intégrale du capital social.

substitution à la déclaration notariée de souscription et versement imposée aux fondateurs par la loi du 24 juillet 1867 et les lois précédentes, d'une déclaration analogue, mais faite au greffier du Tribunal de Commerce ; c'est, nous le verrons la suppression du concours obligé du notaire à la constitution des Sociétés par actions. Nous espérons, dans l'intérêt de l'épargne et du notariat qui sont communs, que le Parlement n'acceptera pas, sans les amender sérieusement, les textes proposés par la Commission, parce qu'ils sont contraires à la législation française antérieure, contraires à la plupart des législations étrangères, contraires à l'intérêt bien compris de l'Etat et des particuliers. Une réforme de la législation actuelle s'impose, mais une réforme raisonnée, qui soit basée sur l'observation de nos propres institutions et des institutions voisines, une réforme qui tienne compte à la fois des légitimes aspirations du commerce et de l'industrie et ne soit pas un saut dans l'inconnu. Nous nous efforcerons précisément, dans les développements qui vont suivre, de tirer un enseignement profitable de l'examen de la législation française antérieure, de l'examen des principales législations étrangères (Belgique, Allemagne, Italie, Royaume-Uni) et des résultats fournis par l'expérience.

TITRE I. — Le rôle du notaire dans la constitution des Sociétés par actions jusqu'à nos jours.

1^{re} PARTIE. — *Le rôle du notaire dans la constitution des Stés par actions en droit français.*

TITRE II. — Le rôle actuel du notaire dans la constitution des Stés par actions.

Chapitre 1^{er}. — La mission légale du notaire dans la constitution des Stés par actions.

Section I. — Statuts.
Section II. — Déclaration de souscription et de versement.
Section III. — Publicité.
Section IV. — Augmentation du capital social.
Section V. — Dépôt des pièces constitutives en l'étude du notaire.

Section I. — Le notaire conseil des parties.

Section II. — Le notaire mandataire des parties.

Section III. — (a) professionnelle.

Responsabilité du notaire.

Chapitre 2. — Le rôle du notaire en dehors de sa mission légale.

2^{me} PARTIE. — *Le rôle du notaire dans la constitution des Stés par actions en droit comparé.*

TITRE I. — Droit belge.
TITRE II. — Droit allemand.
TITRE III. — Droit italien.
TITRE IV. — Droit britannique.

3^{me} PARTIE. — *Quel doit être le rôle du notaire dans la constitution des Stés par actions.*

TITRE I. — Les résultats fournis par l'examen du droit comparé et par l'expérience.

TITRE II. — Le rôle que pourrait assumer le notaire dans la constitution des Sociétés par actions.

TITRE III. — Les objections formulées contre son intervention. Leur inexactitude.

PREMIÈRE PARTIE

LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS EN DROIT FRANÇAIS

TITRE I

LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS JUSQU'À NOS JOURS

(*Le Code de Commerce. — La loi du 18 juillet 1856. — La loi du 23 mai 1863. — La loi du 24 juillet 1867. — La loi du 7 mars 1925*).

Ce rôle, insignifiant tant que les Sociétés par actions sont restées soumises à l'application du Droit public, c'est-à-dire pendant la Royauté et l'époque intermédiaire, ne prend une certaine importance qu'après la promulgation du Code de commerce qui introduit d'importantes réformes.

Le Code de Commerce. — Le Code de Commerce soumet à l'application du droit privé les sociétés anonymes, anciennes Compagnies de commerce de la royauté, qui étaient considérées jusque là comme dépendances du droit public. Il les régleme. Il introduit un nouveau type de Société avec la commandite par actions, mais il subit néanmoins l'influence de l'ancien droit (Compagnies de commerce

dépendances du droit public), en exigeant l'autorisation gouvernementale préalable à la constitution pour *toutes* les Sociétés par actions. Telle était du moins la rédaction du projet primitif (4 décembre 1801). Elle a soulevé l'opposition des tribunaux auxquels le projet fut soumis. Ceux-ci considérant que l'autorisation gouvernementale justifiée pour les Sociétés anonymes par la tradition et par la nature même de ces Sociétés où aucun associé ne répondait personnellement du passif social, était excessive et vexatoire appliquée aux Sociétés en commandite par actions dont les gérants répondaient sur tous leurs biens des obligations contractées, émit un avis défavorable. *Et la rédaction définitive du Code de Commerce maintint pour la fondation des Sociétés anonymes la nécessité de l'autorisation gouvernementale à laquelle elle ajoute l'acte public obligatoire de société* (1), *alors qu'elle établit un régime de liberté absolue pour la fondation des Sociétés en commandite par actions qui*

(1) Art. 40 du Code de Commerce. — « Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics ». L'autorisation gouvernementale était donnée dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire par décret rendu sur avis du Conseil d'Etat qui jouissait d'un pouvoir souverain d'appréciation. Il n'existait aucun recours contre le refus d'autorisation et le gouvernement pouvait toujours la révoquer.

pouvaient se former sans aucun contrôle préalable de l'administration et par acte public ou privé (1).

Cette différence de traitement dans la constitution des deux types de sociétés par actions entraîna une conséquence au moins inattendue du législateur et des tribunaux consultés. Pour éviter l'arbitraire, les frais et la lenteur de l'autorisation gouvernementale, tous les fondateurs de sociétés par actions, même les plus sérieux, n'utilisèrent plus que la forme en commandite. Il se constitua ainsi, librement, par l'attribution de la gérance à des personnes sans couverture, hommes de paille des actionnaires et révocables à leur gré, de véritables Sociétés anonymes au fond; seule l'apparence était d'une commandite par action. On ne vit plus de Sociétés anonymes. Ce fut la période dite « fièvre des commandites » qui sévit de 1820 à 1840 et aboutit comme le régime précédent de liberté absolue adopté par la constituante à une série de désastres financiers.

De violentes protestations s'élevèrent dans tous les milieux. Le gouvernement pressé par l'opinion publique proposa en 1836 la suppression pure et simple de la commandite par actions, mesure brutale qui ne pouvait aboutir. La commandite par actions possède, en effet, son rôle propre ; elle est la forme de société

(1) Art. 39 du Code de Commerce. — « Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signatures privées, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325 du Code Civil. »

qui convient le mieux aux entreprises de moyenne importance où le crédit personnel des dirigeants joue encore un rôle important. Le projet du gouvernement fut abandonné à cause de sa rigueur même et il fallut de nouveaux scandales financiers en 1851 pour qu'enfin fut votée la loi du 18 juillet 1856 réglementant la société en commandite par actions.

La loi du 18 juillet 1856. Introduction du système nouveau de réglementation légale. Déclaration notariée obligatoire de souscription et versement. — La loi de 1856 est une des plus importantes lois votées sur les Sociétés par actions. On ne connaissait avant elle que deux systèmes opposés : le système de l'intervention gouvernementale dans la constitution des Sociétés anonymes avec l'autorisation préalable obligatoire, le système de la liberté absolue de constitution appliqué aux Sociétés en commandite par actions. Aucun d'eux n'avait donné de résultats satisfaisants. La liberté absolue appliquée successivement par la Constituante, le Directoire et le Code de Commerce aux Sociétés en commandite par actions avait abouti aux pires désastres financiers ; les périodes de liberté absolue ont été « l'âge d'or des affaires véreuses », a dit M. Pic. L'autorisation gouvernementale sans donner d'aussi mauvais résultats — on constate en effet sous ce régime une diminution sensible des faillites — avait été un obstacle à la constitution des Sociétés anonymes par la lenteur traditionnelle de l'Administration à délivrer les autorisations, par l'ar-

bitraire toujours possible d'une pareille autorisation, par l'incertitude enfin qu'elle laissait planer sur l'existence même de la Société, puisque, à tout moment et sans en justifier, l'Administration pouvait retirer l'autorisation qu'elle avait précédemment accordée.

Le Législateur de 1855 substitue à la liberté absolue admise jusqu'alors pour la constitution des Sociétés en commandite par actions et dont l'expérience a montré les dangers un système nouveau en France, celui de la réglementation légale. Désormais les sociétés en commandite par actions, pourront se constituer sans autorisation aucune et par acte public ou privé, mais elles devront observer une série de formalités parmi lesquelles la déclaration que la loi nouvelle oblige les fondateurs à faire au notaire relativement à l'état des souscriptions et versements effectués et à laquelle devra être annexé un exemplaire des statuts, double des statuts s'ils ont été rédigés en forme de sous seings privés et n'ont pas déjà fait l'objet d'un dépôt aux minutes du notaire, expédition des statuts s'ils ont été rédigés en forme notariée mais par un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration des fondateurs. *C'est assurer sinon la participation du notaire à la rédaction des statuts des Sociétés en commandite par actions, du moins son intervention effective à la constitution, et nous en apprécierons l'importance quand nous examinerons le rôle de fait du notaire qui reçoit la déclaration de souscription et de versement.*

Quant à la constitution des Sociétés anonymes, elle reste soumise au régime du Code de Commerce : autorisation gouvernementale (art. 37 du Code de Commerce) et acte public de société obligatoires (art. 40 du Code de Commerce).

Loi du 23 mai 1863. — Sociétés à responsabilité limitée (1).

Le régime de la réglementation légale qui doit, dans l'esprit du législateur, allier les avantages du régime de l'autorisation préalable à ceux du régime de la liberté, c'est-à-dire protéger les intérêts du souscripteur contre les fraudes des fondateurs sans toutefois entraver la constitution de la Société par ces mêmes fondateurs, est étendu par la loi du 23 mai 1863 aux Sociétés dites à responsabilité limitée, qui sont de véritables Sociétés anonymes à capital restreint (20 millions au maximum). Toute Société anonyme dont le capital social est égal ou inférieur à 20 millions peut se former librement, sans autorisation préalable, par acte public ou privé, *pourvu qu'elle observe les formalités que la loi du 18 juillet 1856 a précédemment imposées aux fondateurs de So-*

(1) Il ne faut pas confondre les « Sociétés à responsabilité limitée » organisées par la loi du 23 mai 1863, qui sont de véritables sociétés anonymes à capital restreint, dispensées de l'autorisation gouvernementale, avec les « sociétés à responsabilité limitée », introduites en France par la loi du 8 mars 1925, qui sont des « Sociétés de personnes à risque limité ».

ciétés en commandite par actions (1) et qui seront exigées par la loi fondamentale du 24 juillet 1867 pour constituer valablement toute Société par actions, commandite ou Société anonyme quelle que soit l'importance de son capital social (V. *Infra*). Mais sous l'empire de la loi de 1863 comme sous l'empire de la loi de 1856, et jusqu'au vote de la loi de 1867, les Sociétés anonymes dont le capital social est égal ou supérieur à 20 millions restent soumises au régime du Code de Commerce (Art 37 et 40), savoir : l'autorisation gouvernementale préalable *et l'acte public de Société obligatoire*.

La loi de 1863 n'est qu'une loi d'essai, qu'une étape du grand mouvement qui, à la même époque, achemine dans la plupart des législations européennes, les Sociétés par actions vers la réglementation légale après les avoir soustraites à l'autorisation gouvernementale. Elle est bientôt remplacée par une loi plus générale qui constitue encore à l'heure actuelle le Code des Sociétés par actions françaises, la loi du 24 juillet 1867.

Loi du 24 juillet 1867. — Le législateur satisfait, sans doute, des résultats fournis par l'expérimentation des lois de 1856 et 1863 supprime la dualité des régimes maintenus jusqu'alors, et il faut le reconnaî-

(1) Notamment la déclaration notariée de souscription et versement qui assure à la constitution des Sociétés à responsabilité limitée, comme à la constitution des Sociétés en commandite par actions, l'intervention effective du notaire.

tre, sans raison valable pour les deux types similaires des sociétés par actions (1). Plus d'autorisation gouvernementale, ni de statuts authentiques qui assurent l'immutabilité des conventions sociales, la réglementation nouvelle est minutieuse et suffira largement, semble-t-il, à garantir l'épargne contre les entreprises des escrocs. Commandites ou sociétés anonymes, quelle que soit l'importance du capital social, seront valablement constituées pourvu qu'elles observent les formalités suivantes :

1° Souscription intégrale du capital social ;

2° Versement du 1/4 au moins sur le montant des actions, égales ou supérieures à 100 fr. et de 25 fr. au moins sur les actions inférieures à 100 fr. (2) ;

3° Déclaration par devant notaire de l'état des souscriptions et des versements, avec le dépôt des statuts ;

4° Vérification et approbation en Assemblée générale.

(1) Le législateur de 1867 laisse encore subsister entre la Société anonyme et la Commandite certaines différences qu'il est malaisé de justifier, telle la vérification de la sincérité de la déclaration notariée de souscription et de versement qui est opérée par l'Assemblée générale constitutive dans la Société anonyme par le Conseil de surveillance dans la Société en commandite par actions. Cependant dans la pratique on fait également reconnaître par l'Assemblée générale constitutive de la Société en commandite par actions la sincérité de la déclaration notariée (Houppin, t. II, p. 643, Maria, N° 68, note 1).

(2) Loi du 24 juillet 1867 modifiée par la loi du 1^{er} août 1893.

rale des actionnaires, des apports en nature et des avantages particuliers ;

5° Tenue d'une Assemblée générale qui désignera les premiers fonctionnaires de la Société, et dans la Société anonyme seulement vérifiera la sincérité des souscriptions et des versements.

Toute Société constituée en contravention des prescriptions précédentes, est nulle.

A noter que le législateur s'étend fort peu sur la première et la principale des formalités constitutives : la confection des statuts. Il n'en parle *dans la dernière rédaction de l'art. 21*, relatif aux Sociétés anonymes que pour supprimer l'acte authentique obligatoire auquel ces Sociétés avaient été astreintes jusqu'alors par les lois antérieures. C'est avec intention que nous parlons de la dernière rédaction de l'art 21 parce qu'il est intéressant de noter qu'avant d'être adopté dans sa forme actuelle, le texte primitif exigeait conformément à la tradition que l'acte constitutif des Sociétés anonymes fut rédigé en la forme authentique (1). *C'est donc la loi du 24 juillet 1867 qui innove en supprimant l'acte public forcé comme innovera plus tard la Commission de réforme en supprimant avec moins d'à-propos encore, la déclaration*

(1) Dalloz. Jurisprudence générale 1867, lois et décrets, p. 99 et suiv. Titre II. *Des Sociétés anonymes*, art. 13-et. 21 première rédaction, loi du 24 juillet 1867.

notariée de souscription et versement. L'hésitation même du législateur pour adopter ce changement de la dernière heure, contraire aux lois précédentes (Code de Commerce, lois de 1856 et 1863), indique qu'il n'est pas sûr de l'excellence de sa cause. Il en est si peu sûr, qu'en fait, il a rétabli avec la déclaration notariée obligatoire l'intervention du notaire qu'il avait supprimée en droit dans l'art 21 (1). Mieux que tous les arguments le moyen détourné employé par le législateur de 1867, pour maintenir l'intervention du notaire à la constitution, en démontre l'excellence. Nous verrons par la suite les conséquences fâcheuses que pourrait entraîner la suppression radicale de cette intervention proposée par le projet de réforme

(1) Les fondateurs chargés par la loi d'opérer la déclaration relative à la souscription intégrale du capital social et au versement prescrits recourront toujours au notaire afin d'établir les statuts, pour cette excellente raison qu'il ne leur en coûte pas un centime supplémentaire. Le tarif légal des notaires, tout au moins dans le ressort de la Cour d'appel de Paris, les autorise à percevoir le même honoraire, qu'ils aient acté la déclaration des fondateurs et les statuts, ou qu'ils aient simplement acté, la déclaration des fondateurs (Cour d'Appel de Paris, département de la Seine excepté, tarif légal des honoraires des notaires, décret du 25 août 1898). On a beaucoup critiqué ces dispositions du décret de 1898, parfaitement légales cependant, puisqu'il est reconnu que le dépôt d'un acte sous seing privé en l'étude d'un notaire par toutes les parties intéressées avec certification de signatures tient lieu d'acte authentique.

de 1903 et réalisée par la loi récente du 7 mars 1925 pour les sociétés à responsabilité limitée (1).

Loi du 7 mars 1925. — La loi du 7 mars 1925, publiée au *Journal Officiel*, le 8 mars 1925, introduit en France une forme nouvelle de société, toujours commerciale, la Société dite à responsabilité limitée, imitée des Sociétés similaires usitées en Allemagne et dans le Royaume-Uni. La Société à responsabilité limitée est intermédiaire entre les Sociétés de personnes, où la considération de la personne de l'associé joue un certain rôle et les Sociétés de capitaux.

Comme dans les sociétés de personnes : Elle est formée généralement entre parents, amis ou personnes de connaissance. Elle ne fait pas appel à l'épargne publique. Les parts sociales restent individuelles et non négociables. Les associés, relativement peu nombreux (2 associés seulement peuvent former une Société à responsabilité limitée), sont connus de tous

(1) La suppression de la déclaration notariée de souscription et de versement dans la loi du 7 mars 1925 n'est pas une surprise puisque, parmi les juristes qui ont préparé la loi nouvelle, nous retrouvons la plupart des juristes qui, en 1903, ont élaboré le projet de réforme sur les sociétés par actions, et proposé déjà de substituer à la déclaration notariée une déclaration analogue au greffe du tribunal de commerce. Au cours des discussions préparatoires, leur influence prépondérante s'est fait sentir au sein de la Commission de la Société d'Etudes Législatives comme au sein de la Commission du Commerce et de l'Industrie de la Chambre des Députés (V. Bulletin de la Société d'études législatives, années 1918, 1919, 1921).

et leur nom ou celui de quelques-uns d'entre eux peut figurer dans la raison sociale.

Comme dans les sociétés de capitaux : Le risque de chacun des associés est limité au montant de la part sociale qu'elle qu'ait pu être sa participation à la gestion des affaires et contrairement à ce qui est admis pour les sociétés en commandite : Enfin la société n'est dissoute ni par l'interdiction, ni par la faillite, ni par la déconfiture ou la mort de l'un des associés, sauf en ce dernier cas, stipulation contraire des statuts.

Nous devons faire une dernière remarque qui nous intéresse plus particulièrement : Non seulement l'acte constitutif de la société à « responsabilité limitée » pourra être sous seings privés ou notarié (1) au choix des fondateurs (art. 4), mais ces derniers ne seront même plus astreints à déclarer par devant notaire que le capital social a été intégralement souscrit et les titres libérés : leur simple affirmation à l'acte de société suffira pour sauvegarder les tiers (art. 7). *Le projet primitif* déposé à la Chambre le 16 mars 1920 et rapporté par M. Manceau imposait cependant dans son art 4, comme condition de validité de la formation de la société, la constatation par acte authentique de la déclaration de souscription et versement, il proposait même de revenir pour ce type de société à l'acte public obligatoire de société. Nous regrettons que

(1) L'acte public restera toujours obligatoire aux cas de société formée entre successibles ou d'apport de brevet d'invention.

le législateur se soit prononcé contre l'intervention du notaire et nous souhaitons, pour l'épargne, que la seil officiel à la constitution n'aient pas d'effets regrettables par la suite. *Il ne faut pas oublier, en effet, regrettables par la suite. Il ne faut pas oublier, en exet, que, quoique dans une moindre mesure que dans les sociétés de capitaux, les sociétés à responsabilité limitée, du fait de la limitation du risque au montant de la part sociale, restent dangereuses pour les tiers.* Elles intéressent suffisamment le crédit public pour que la présence d'un notaire à la constitution ait été des plus utiles.

TITRE II

LE RÔLE ACTUEL DU NOTAIRE DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Le notaire intervient à différents titres dans la constitution des Sociétés par actions.

Nous distinguerons :

Dans un 1^{er} chapitre, la mission légale du notaire dans la constitution des sociétés par actions, celle qui est expressément prévue par la loi sur les Sociétés par actions (rédaction des statuts, constatation de la déclaration de souscription et versement, formalités de publicité, formalités relatives aux augmentations du capital social), ou par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat (rédaction des actes notariés et dépôt des pièces en l'étude du notaire).

Et dans un 2^e chapitre consacré au rôle du notaire en dehors de sa mission légale, nous distinguerons le rôle réel ou de fait joué par le notaire dans la constitution des sociétés par actions comme conseil des parties, et le rôle conventionnel qu'il peut être appelé à y jouer comme mandataire des mêmes parties lorsque celles-ci l'auront chargé expressément ou tacitement de les représenter. Nous en profiterons pour examiner la responsabilité, assez mal délimitée, du notaire dans l'exercice de ces différentes fonctions.

CHAPITRE PREMIER

LA MISSION LÉGALE DU NOTAIRE DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Statuts. — Déclaration de souscription et de versement. — Publicité. — Augmentation du capital social. — Dépôt des pièces constitutives en l'étude du notaire.

D'après la loi, le notaire *peut intervenir* pour rédiger en forme authentique les statuts sociaux (A.rt. 1^{er}, 21 et 24 de la loi du 24 juillet 1867), il *doit intervenir*, lors de la constitution comme lors des augmentations ultérieures du capital social, pour recevoir la déclaration des fondateurs relative à la souscription intégrale du capital social, et au versement légal opéré, ainsi que pour délivrer les expéditions ou extraits nécessaires à la publicité légale (art. 1^{er} et 24, art. 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867). Enfin, le notaire joue un rôle important comme dépositaire des pièces qui intéressent l'existence social.

Ces matières feront l'objet des cinq sections suivantes :

SECTION 1

Statuts (art. 1^{er}, 21 et 24, loi du 24 juillet 1867)

Ils sont « la charte organique de la société, la clé de la voûte de tout l'édifice juridique qu'elle implique ». (1) Cependant nous savons qu'en *France*, depuis le vote de la loi de 1867, l'acte public a cessé d'être obligatoire, même pour les statuts des sociétés anonymes. Il n'existe plus qu'un seul cas et encore est-il controversé (2) où les statuts de la société par actions doivent être notariés ; c'est lorsqu'il est fait apport à la société d'un brevet d'invention. L'ar. 20 de la loi du 5 juillet 1844 exige, en effet, que la cession totale ou

(1) Paul PIC. *Des Sociétés commerciales*, t. II. N° 858 et le même auteur d'ajouter : « Comment s'adresser au public sans lui présenter un texte complet de la Société ? Comment solliciter des souscriptions sans leur donner une base solide ? Il semble donc que l'attention du législateur aurait dû se porter tout d'abord sur leur rédaction afin d'éviter aux fondateurs novices des erreurs ou des omissions regrettables ou à l'inverse de prémunir le public contre les fraudes qui parfois se dissimulent sous un article des statuts trop habilement rédigé. Il n'en est rien cependant, en France, du moins, et ce n'est que d'une façon indirecte et détournée que, à propos de la publicité, le législateur de 1867 a donné aux fondateurs quelques indications sur le contenu nécessaire de l'acte de société ».

(2) Il a été jugé que l'apport d'un brevet ne peut être considéré comme une cession qui dessaisit d'une manière absolue le cédant au profit de la Société. (Cass. 24 mars 1864., S. 64, I. 374. 18 juin 1882, S. 83. I. 17). S'il n'y a plus cession, l'acte authentique cesse d'être obligatoire.

partielle d'un brevet d'invention soit faite par acte notarié, or l'apport en toute propriété d'un brevet d'invention présente les caractères juridiques d'une cession de brevet. Outre l'acte notarié qui la constate, la cession de brevet résultant de l'apport à la société devra, pour être opposable aux tiers, être enregistrée au secrétariat (1).

C'est aux fondateurs qu'incombe la mission délicate de préparer, rédiger et signer l'acte écrit qui contient le texte des statuts, tâche d'autant plus difficile qu'elle est plus négligée du législateur. Ce n'est qu'indirectement, en effet, à l'occasion de la publicité comme nous l'avons déjà signalé que la loi indique certaines mentions qui doivent figurer aux statuts, et qui sont relatives : à l'objet social, au type social, au siège social, à la raison ou à la dénomination sociale. C'est peu si l'on songe que les statuts doivent, en outre : fixer la durée de la société ; résoudre la question si grosse pour l'avenir social de la composition et de la

(1) La forme notariée qui était encore obligatoire quand les statuts conféraient aux gérants ou aux administrateurs le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, n'est plus exigée pour les Sociétés commerciales depuis le vote de la loi de 1893 (art. 69 nouveau, loi 1867). Elle reste obligatoire pour les Sociétés civiles dont les statuts confèrent aux gérants la faculté d'hypothéquer les immeubles sociaux parce que l'art. 69 précité ne concerne que les Sociétés commerciales.

rétribution des apports en nature(1); indiquer le montant des parts bénéficiaires ou parts de fondateurs et leur attribution; indiquer le montant du capital social et sa composition (nombre, taux et catégorie des actions, versements à opérer sur le montant des actions souscrites, époque des versements complémentaires ultérieurs et organes qualifiés pour effectuer les appels de fonds, intérêts dûs à la Société pour tout versement en retard sur les appels de fonds, droit pour la société de faire vendre les titres en Bourse ou par devant notaire quand les versements n'ont pas été faits aux échéances prescrites, conversions de titres, transmission par transfert ou simple tradition selon qu'ils sont nominatifs ou au porteur, responsabilité solidaire des titulaires et porteurs successifs pour les

(1) Les statuts désignent les apporteurs et les biens apportés par eux à la Société, établissent l'origine de propriété des biens apportés, fixent la date d'acquisition de la propriété par la Société et la date de son entrée en jouissance, indiquent les conditions auxquelles l'apport est effectué, quelles formalités hypothécaires (transcription, purge, etc...) la Société devra remplir, enfin mentionnent l'état civil des apporteurs et énumèrent les titres de propriété qu'ils possèdent et devront remettre à la Société. L'attribution à l'apporteur d'une somme d'argent en échange de son apport constitue une vente. L'attribution au même d'actions d'apport ou d'avantages particuliers en échange de cet apport constitue un apport proprement dit. *Cette distinction est très importante si l'on considère que l'enregistrement perçoit des droits beaucoup plus élevés sur la vente que sur l'apport pur et simple.*

appels de fonds complémentaires, forme des titres, paiement des dividendes, engagement des actionnaires, droits et obligations attachés à la possession des actions, droits et obligations des héritiers, ayants cause, ou créanciers des actionnaires à l'égard de la Société, dépôt et conservation des titres dans la caisse sociale ou dans toute autre caisse, augmentation du capital social et droit de préférence à la souscription des nouveaux titres en faveur des souscripteurs primitifs, etc...) ; traiter de l'administration de la Société (gérance ou conseil d'administration, conseil de surveillance ou commissaires de surveillance, direction, nomination, pouvoirs et devoirs, révocation ou démission, etc...) ; de la tenue des Assemblées générales d'actionnaires (date et lieu de réunion, composition et représentation aux Assemblées générales, conditions de quorum, modalités et délais de convocation, conditions d'admission des propriétaires d'actions au porteur et d'actions nominatives, faculté pour tout actionnaire de prendre communication des pièces avant la réunion de l'Assemblée générale annuelle, composition du bureau, conditions de majorité et de vote, établissement de la feuille de présence (1), compo-

(1) La feuille de présence semble n'être expressément imposée qu'aux sociétés anonymes en sorte que dans les commandites la présence des actionnaires pourrait résulter de tous autres moyens de preuve, mais la *pratique* a étendu l'usage de la feuille de présence à toutes les Assemblées générales des commandites par actions à cause de sa commodité.

tion de l'ordre du jour, attributions de l'Assemblée générale annuelle et des Assemblées générales extraordinaires (1) ; des états de situation semestriels et inventaires annuels ; de la constitution des réserves et de la répartition des bénéfices ; de la dissolution et de la liquidation de la Société (modes de liquidation et nomination des liquidateurs, pouvoirs des liquidateurs) ; des contestations possibles ; de la conversion de la société en commandite en société anonyme ou en société à responsabilité limitée ; des publications.

Cette simple mention des principales clauses des statuts en souligne la complexité. Encore n'avons-nous cité que les clauses de style, celles qui figurent dans la plupart des statuts parce qu'elles intéressent toutes les entreprises. Il en est d'autres, spéciales à chaque sorte d'affaires. Il ne suffirait pas en effet, de copier un modèle de statuts ou même d'effectuer dans les statuts d'une Société similaire une série de coupures afin de s'approprier les clauses convenables. Deux entreprises même similaires diffèrent toujours sur certains points et on risque avec cette ma-

(1) C'est à l'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires délibérant sous les distinctions et en observant les conditions spéciales de majorité et de quorum établies par loi du 22 novembre 1913 qu'il appartient de modifier les statuts sociaux. Dans la pratique les statuts autorisent non seulement les modifications au pacte social par l'Assemblée générale, mais ils en règlent même les détails, travail délicat qui nécessite une rédaction nette, sans équivoque et complète. Or le style notarial, sans être élégant, est, il faut le reconnaître, celui qui réunit le mieux ces qualités.

nière d'opérer des omissions ou des contradictions qui seraient par la suite une source de procès et de difficultés. La rédaction des statuts est subjective et essentiellement variable ; on ne saurait établir pour eux des règles fixes ni des statuts types immuables (1). Tout au plus peut-on donner des modèles pour indiquer la structure, un ordre et des directives générales qui permettent de les établir. C'est au rédacteur des statuts après s'être pénétré du but de l'entreprise, après avoir étudié les moyens d'action et les conditions particulières dans lesquelles devra fonctionner la future Société, à en établir le texte en conséquence.

Tous les fondateurs ne sont pas obligés de signer les statuts : la signature de quelques-uns d'entre eux est suffisante. De même les actionnaires n'ont que le choix ou bien d'adopter les statuts tels qu'ils sont établis par les fondateurs — la signature du bulletin de souscription emporte adhésion — ou de les refuser ; ils n'ont à intervenir ni à la rédaction ni à la signature des statuts qui impliquerait pour eux la qualité de fondateurs.

Généralement, les statuts sont rédigés et définitivement arrêtés en la forme notariée ou sous seings privés préalablement à toute souscription d'actions, ordre logique puisque, en signant le bulletin, le souscripteur adhère purement et simplement au texte des

(1) V. législation britannique : statuts légaux (tableau A).

statuts qu'il est censé connaître. Il arrive cependant que des fondateurs se bornent à rédiger un *projet de statuts* qu'ils font imprimer et communiquent officiellement aux souscripteurs intéressés, puis quand toutes les actions sont souscrites, ils régularisent les statuts et remplissent les formalités de constitution. Cette manière d'opérer n'est pas recommandable ; elle intervertit l'ordre normal des opérations et permet au fondateurs malintentionnés de tromper les souscripteurs en substituant au texte primitif des statuts auxquels ces derniers ont fait confiance un texte modifié qui peut être fort différent (1) ; elle est admise cependant parce que la loi n'a prescrit l'observation d'aucun ordre spécial pour accomplir les diverses formalités constitutives.

Indirectement, *au cas de formation par souscription publique*, les fondateurs sont obligés depuis la loi de finances du 30 janvier 1907, d'établir, dans leurs grandes lignes tout au moins, préalablement à la souscription publique, le texte des statuts. Ils doivent, au risque d'encourir les pénalités sévères de la loi de 1907, faire correspondre le texte définitif des statuts, avec les mentions publiées dans la notice. Mais cette garantie est très limitée, parce qu'elle n'existe qu'au cas de formation par souscription publique, procédé

(1) Même obtenue sur simple relation verbale du projet de Société une souscription est valable si aucune manœuvre dolosive n'a été employée pour déterminer le souscripteur.

de plus en plus abandonné et que, même avec ce mode de formation, les fondateurs peuvent toujours modifier la notice publiée par la publication d'une autre notice rectificative ou placer des titres en privé parmi leurs relations avant la publication de la notice, sans que les souscripteurs de ces titres soient aucunement renseignés sur les modalités de l'entreprise.

Il ne reste plus alors aux souscripteurs abusés qu'un seul moyen de forcer la main à leurs peu scrupuleux fondateurs, c'est d'empêcher la constitution de la Société en refusant d'approuver les apports en nature ou de nommer les premiers fonctionnaires de la Société lors de la tenue des Assemblées générales constitutives.

Mais que décider lorsque les statuts *consignés dans un acte authentique ou sous seing privé*, préalablement à toute souscription d'actions, ont été modifiés par les fondateurs après la souscription, mais avant la constitution définitive de la Société ? Cette modification est-elle valable ? Des jugements l'ont admis et certains auteurs ont partagé cette manière de voir (1).

(1) AMIAUD : *Traité formulaire du notariat*. — Sociétés par actions, n° 90. « Les statuts d'une Société par actions, dit l'auteur, ne constituent qu'un projet tant que la Société n'est pas définitivement constituée. Ils peuvent donc être valablement modifiés soit par les fondateurs, par acte spécial avant l'Assemblée constitutive, soit par les actionnaires dans cette assemblée ». Dans le même sens : Trib. Seine, 20 janvier 1883, R. sociétés 1883, 464 ; Trib. Seine, 16 mai 1887, J. Sociétés 1888. 206 ; Lyon, 16 décembre 1902, R. Sociétés 1903. 484.

Pour eux les statuts ne constituent qu'un projet qui peut être modifié au gré des fondateurs jusqu'à constitution définitive de la Société. D'autres, au contraire, et nous partageons leur avis, estiment que « plastiques et malléables tant qu'ils n'ont pas été coulés dans le moule d'un acte notarié ou sous seing privé, les statuts une fois rédigés et revêtus de leur forme définitive, deviennent intangibles en ce sens qu'il n'appartient plus aux fondateurs qui en ont arrêté le texte d'y apporter une modification quelconque. Vainement objectera-t-on que la Société n'existe qu'à l'état de projet... jusqu'à l'achèvement des formalités constitutives. L'objection ne porte point, attendu que l'engagement contracté individuellement par chacun des souscripteurs sur le vu de statuts d'ores et déjà connus, doit avoir en bonne logique pour contre-partie, le respect scrupuleux par les lanceurs de l'affaire, du texte par eux soumis au public ». (1) Il est juste que les actionnaires qui se sont engagés dans un but et sous certaines conditions consacrées officiellement par un acte public ou sous seing privé puissent exiger le maintien des clauses déterminantes de leur volonté. Ils ont adhéré sous condition résolutoire tacite que les statuts ne seraient pas modifiés par la suite. Les fondateurs doivent obser-

(1) Paul Pic, *op. cit.* t. II, n° 865. Dans le même sens Thaller et Perceron, *traité* n° 508 ; Houpin, *op. cit.* t. I^{er}, n° 439 ; Repert. Fusier, Hermann, *soc. commerc.* N° 2908 et suiv.

ver cette condition. Il est regrettable que le législateur n'ait pris aucune mesure pour le rappeler à ceux d'entre eux qui font trop bon marché de leur conscience.

Mais tout le monde est d'accord pour admettre que les statuts peuvent être modifiés par l'Assemblée générale constitutive des actionnaires délibérant dans les conditions de quorum et de majorité prescrites par la loi pour la tenue de l'Assemblée générale extraordinaire appelée à en modifier le texte au cours de l'existence sociale.

L'acte de Société notarié est soumis pour sa validité aux mêmes conditions qui sont imposées par la loi fondamentale sur le notariat du 25 ventôse an XI pour la validité des autres actes notariés, savoir :

§ I. — Des conditions relatives à la forme de l'acte.

L'acte de Société doit être dressé en minute par le notaire rédacteur et répertorié, car l'art. 55 de la loi de 1867 qui vise la publication des actes de Société exige le dépôt d'une *expédition* de l'acte s'il est notarié, aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix du lieu où est établi le siège de la Société. Or, les notaires ne sauraient être requis de délivrer des expéditions d'actes reçus en brevet et répertoriés (art. 20).

Comme tout acte notarié, il doit :

1° Être écrit en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune ni intervalle (art. 13).

2° Etre lu aux parties comparantes (même loi et article).

3° Etre signé par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte (art. 14).

La signature des parties — rappelons que tous les fondateurs ne sont pas obligés de signer — est, à moins qu'elles n'aient déclaré ne savoir ou ne pouvoir la donner, une condition essentielle de la validité de l'acte notarié. C'est le signe du consentement. Jusque là, dit Toullier, il n'y a qu'un projet (1).

4° Etre rédigé en français (décret du 2 thermidor an II et arrêté du 24 prairial an XI.

§ II. — Des conditions relatives à la compétence.

L'acte de Société doit être rédigé par un notaire compétent, c'est-à-dire un notaire du canton, du chef-lieu d'arrondissement ou du chef-lieu de la Cour d'appel du lieu du siège social, à peine des sanctions suivantes :

1° Une suspension de trois mois contre le notaire qui instrumente hors de son ressort et la destitution en cas de récidive, indépendamment de tous dommages et intérêts (art. 6 loi du 25 ventôse an XI).

2° La nullité de l'acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52; 64, 65, 66 et 67 s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; s'il est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, l'acte ne vaudra

(1) AMIAUD. *Traité formulaire du notariat*. T. I, n° 29.

que comme acte sous signatures privées, et dans les deux cas il pourra être prononcé des dommages intérêts contre le notaire contrevenant (art. 68, même loi (1)).

§ III. — Des conditions relatives à la capacité du notaire.

L'acte de Société ne pourra être valablement établi :

1° Par un notaire suspendu, destitué ou remplacé (art. 52 l. 25 ventôse an XI).

2° Par un notaire déchu de ses fonctions pour défaut de prestation de serment dans les deux mois de sa nomination (art. 47).

3° Par un notaire dont les parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, en ligne colatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclus seraient parties à l'acte ou bénéficieraient de quelque disposition de faveur (art. 8). En sorte qu'un notaire dont les parents au degré prohibé seraient parties à l'acte de Société, c'est-à-dire fondateurs ou même simplement souscripteurs d'un certain nombre d'actions ne pourrait recevoir les statuts ni la déclaration notariée de souscription et de versement (2). A fortiori devra-t-il s'abs-

(1) Cependant l'acte nul, même s'il est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, ne pourra valoir comme acte sous signatures privées, lorsqu'il s'agit d'un acte pour lequel l'authenticité est exigée à titre de solennité prescrite par la loi.

(2) Poitiers, 6 novembre 1899. *Journal des Sociétés*, 1900, 215.

tenir s'il a souscrit lui-même ou par un prête-nom les actions de la société nouvelle (1).

Cependant la jurisprudence n'est pas absolue en ce sens et elle se réserve un pouvoir d'appréciation. C'est ainsi qu'il a été jugé que les actes constitutifs d'une Société par actions ne sont pas nuls parce qu'ils ont été reçus par un notaire souscripteur de quelques actions seulement (2).

La jurisprudence qui interdit au notaire intéressé directement ou indirectement de recevoir les actes *constitutifs* d'une Société par actions (statuts et déclaration notariée) ne lui défend pas de recevoir les actes qui intéressent la *société déjà constituée*, un bail par exemple, quand même lui ou les siens seraient actionnaires ou même commissaires aux comptes de cette société (3) parce qu'elle estime que dans ces différents cas le notaire ne possède pas dans la Société un intérêt suffisamment important pour faire sus-

(1) Cass. civ. 11 déc. 1888 (art. 24169, J. n.) ; Montpellier, 3 février 1890 ; Cass., 10 nov. 1897 ; Bannet, J. du not. 1898, p. 193 ; Lyon, 14 juin 1895, S. 96. 2. 213.

(2) Orléans, 15 fév. 1888 ; Rouen, 14 déc. 1875 (S. 1876. 2. 69) ; Toulouse, 19 mai 1890.

(3) L'ordonnance du 4 février 1843 interdit aux notaires français les fonctions d'administrateur. Ils ne pourraient non plus participer à une société civile ou à une société de personnes qui leur attribuerait la qualité de commerçant, mais aucun texte ne leur interdit actuellement en France d'accepter les fonctions de membre du Conseil de surveillance d'une société en commandite ou de commissaires d'une société anonyme. Ils agiront sagement cependant en refusant ces fonctions. Les notaires belges peuvent être administrateurs de sociétés.

pecter son impartialité. La jurisprudence considère en effet, quand la Société est constituée « que s'oppose seul au ministère du notaire l'intérêt qu'il tire *directement* des stipulations de l'acte reçu par lui (1) ». Elle lui interdit de recevoir aucun acte qui lui procure un intérêt direct (2). Mais que faut-il entendre par intérêt direct? Comment établir une démarcation sûre entre l'intérêt direct et l'intérêt indirect? Question délicate qui prête à des divergences d'interprétation. Sera considéré comme intéressé selon M. Hémar, « le notaire souscripteur d'actions ou attributaire de parts de fondateurs, *ou même celui auquel il est promis une commission en espèces pour le rémunérer des démarches faites en vue de procurer des souscriptions à la Société* (Req. 20 janvier 1874, D. 74. I. 17, S. 74. 1. 110) (3) et le même auteur d'ajouter : « D'une manière générale le notaire est intéressé à un acte lorsqu'il y a un intérêt *actuel ou même éventuel, direct ou indirect* ».

Quoi qu'il en soit, en l'absence de critérium certain qui permette de distinguer l'intérêt direct de l'intérêt indirect, le notaire agira sagement en s'abstenant de recevoir un acte qui concerne une Société ou lui-même ou les siens possèdent un intérêt quelconque.

La loi française sanctionne sévèrement l'inobserva-

(1) *Journal des Sociétés*, Bulletin 374.

(2) Cass. fr. 16 janvier 1901, *Journ. des. not.*, art. 7328 ; Rennes, 27 juin 1901, *ibid*, art. 27412.

(3) HÉMAR. *Nullité de sociétés*, p. 173, note 2.

tion des conditions précédentes par la nullité de l'acte de Société.

Mais alors que les vices qui infectent le contrat de société lui-même (1) entraînent la nullité de la société, les vices qui entachent l'acte écrit, preuve du contrat de Société, n'entraînent pas forcément la nullité de la Société. Les art. 1318 c. c. et 68 l. de ventôse an XI disposent, en effet, que l'acte authentique nul comme tel peut encore valoir comme acte sous seings privé *dès l'instant qu'il réunit les conditions prescrites par la loi pour la validité des actes sous seings privés*, c'est-à-dire depuis la loi du 29 juin 1918, la rédaction en triple original, la date du contrat et la signature des parties. En réalité, les statuts authentiques n'étant jamais rédigés qu'en unique exemplaire, la tolérance du législateur pourra rarement produire son effet, à moins d'admettre qu'il est dérogé aux dispositions de l'article 1875 du Code civil et que l'acte déposé chez le notaire suffit pour assurer aux parties les garanties qu'aurait pour effet de leur procurer l'existence des doubles. Il faudra aussi, pour que joue la tolérance précédente qu'il ne s'agisse pas d'une convention pour laquelle la loi exige l'acte authentique à peine de nullité.

Si l'acte authentique est nul, le notaire pourra être,

(1) Absence de consentement ou d'objet ; vices du consentement ; incapacité ; absence de fonds commun, de participation aux bénéfices ou aux pertes ou inexistence de « l'affectio societatis ».

le cas échéant, déclaré responsable du préjudice causé par l'annulation.

Les statuts authentiques présentent sur les statuts sous seings privés de sérieux avantages :

Ils sont la plus sûre garantie contre les irrégularités de forme et contre les omissions en raison de la responsabilité toujours plus grande encourue par le notaire rédacteur (V. infra. Le rôle du notaire en dehors de sa mission légale. Responsabilités).

Celui-ci vérifie également *sous sa responsabilité*, l'identité et la capacité des parties comparantes. Il s'assure de leurs intentions véritables, tâche souvent difficile et toujours délicate. Ce n'est bien souvent, dit M. Amiaud en son traité formulaire du notariat, qu'à force de patience, de questions habiles et d'efforts persistants que le notaire parvient à obtenir un exposé fidèle des faits qui sont souvent dissimulés ou déguisés par la ruse ou le dol de l'une des parties ou dont elles omettent, par ignorance, les détails les plus utiles à connaître.

La rédaction notariée recherche avant tout la précision et la clarté. Elle préfère l'exactitude à l'élégance et c'est avec intention que le style des actes notariés imite le style légal, pour mieux préciser les droits et obligations des parties et les rattacher avec assurance aux lois dont ils découlent (1). Le notaire s'efforce aussi d'opérer un classement et de suivre un

(1) AMIAUD. Op. cit, n° 121.

ordre logique pour rédiger les différentes clauses statutaires. On lui a reproché parfois la longueur des statuts, mais n'est-il pas préférable d'avoir des statuts complets pour éviter des difficultés ultérieures ? Car bien souvent de l'insertion d'une clause appropriée dépend l'avenir social. Les statuts sont le titre unique auquel, administrateurs, commissaires, actionnaires recourent chaque fois qu'ils ont à prendre une décision et il est utile, pour empêcher que des irrégularités soient commises, que le pacte social mis par la société à la portée de tous, reproduise les dispositions légales les plus essentielles (1).

Enfin le notaire, nous l'avons déjà dit, est la personne la mieux qualifiée pour accomplir les formalités diverses de transmission régulière des biens apportés : enregistrement, transcription, inscription, radiation d'inscription, etc... et puisque les honoraires qui lui sont alloués par le tarif sont les mêmes, qu'il s'agisse du dépôt de statuts sous seings privés ou de la rédaction de statuts authentiques, il est logique de lui prendre le maximum de responsabilité qui découle de ses actes.

Le seul avantage des statuts sous seings privés est de permettre le dépôt aux greffes de deux doubles de l'acte de Société au lieu de deux expéditions, plus coûteuses, pour opérer la publicité. Encore cet avantage de l'acte sous seings privés est-il compensé, depuis le vote de la loi du 29 juin 1918, art. 14, par la

(1) MARIA, op. cit. N° 72.

nécessité de déposer au bureau de l'enregistrement du siège social un troisième exemplaire des statuts sous seings privés. Nous ne croyons pas que l'économie des quelques centaines de francs réalisée par l'acte de Société sous seings privés puisse compenser les avantages que procurent les statuts authentiques ; elle est insignifiante pour des Sociétés dont le capital social se chiffre par millions. Du reste beaucoup de Sociétés constituées par acte sous seings privés confient au notaire, lors de la déclaration notariée de souscription et de versement, le soin d'accomplir les formalités de publicité et le chargent, à cet effet, de délivrer deux expéditions de l'acte de Société annexé à la déclaration. Dans ce cas, le plus fréquent en pratique, le seul avantage des statuts sous seings privés se trouve supprimé.

SECTION II

Déclaration notariée de souscription et de versement (art. 1^{er} et 24, loi 1867).

Les fondateurs des sociétés en commandite par actions depuis la loi du 18 juillet 1856, les fondateurs des sociétés anonymes depuis les lois du 23 mai 1863 et du 24 juillet 1867, *sont tenus d'opérer par devant notaire une déclaration pour affirmer que le capital social a bien été intégralement souscrit et que les versements prescrits ont été opérés conformément à la loi.*

A la minute de l'acte qui constate la déclaration de souscription et de versement doivent être annexées (art. 1^{er} et 24 l. 1867) :

1° La liste des souscripteurs et l'état des versements effectués par chacun d'eux.

La liste des souscripteurs pour attester que toutes les actions ont bien été souscrites, l'état des versements pour établir que ceux-ci ont bien été opérés dans les proportions voulues sur chaque action. Liste, état et déclaration sont généralement contenus dans un seul et même acte, mais rien n'empêche les fondateurs d'établir liste et état dans deux documents distincts pour les annexer à l'acte de déclaration notariée de souscription et de versement. Il est plus pratique et moins coûteux de réunir ces trois actes en un seul ;

L'état de souscription et de versement annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement ou plutôt faisant corps avec elle et écrit à la suite se compose d'un tableau sur quatre colonnes (Voir modèle ci-dessous).

La première colonne contient les noms, prénoms, qualités et domiciles des souscripteurs. Cependant l'omission de l'une quelconque de ces indications n'entraîne pas forcément la nullité de la Société. La loi n'exige, en effet, que « la liste des souscripteurs ».

Il appartient aux tribunaux de décider, *selon les circonstances* — l'omission peut être accidentelle et sans importance ou au contraire intentionnelle — si l'omission ou l'erreur sont excusables ou au contraire

si la nullité devra être prononcée (Cass. 13 février 1894, Jour. des Soc. 1894, 241 ; *ibid*, 1895, 102. Paris, 8 août 1889, Journal des Soc. 1889, p. 513).

La deuxième colonne indique le nombre d'actions souscrites.

La troisième colonne indique le montant des actions souscrites.

La quatrième colonne, le montant des versements effectués.

La liste des souscriptions et l'état des versements ont certifiés véritables par le ou les déclarants.

Voir tableau page 49.

2° Un des originaux des statuts s'ils sont sous seings privés ou une expédition s'ils sont notariés mais ont été reçus par un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration.

Il est évident que si le notaire a déjà l'acte dans ses minutes, ou si, comme ils le peuvent, les fondateurs ont incorporé en un seul et même acte notarié statuts et déclaration de souscription et de versement avec les pièces y annexées, l'annexion d'une expédition ou d'un double des statuts n'a plus sa raison d'être (1).

3° *On peut* y joindre un reçu des versements déposés en mains tierces (2).

Le but de la déclaration notariée est multiple :

1° Le notaire qui reçoit la déclaration des fonda-

(1) Vavasseur, n° 480 ; Seine, 28 octobre 1881 ; AMIAUD, Sociétés par actions, n° 109.

(2) Houpin, n° 473 ; Arthuys, n° 341.

Modèle

ETAT DE SOUSCRIPTION ET DE VERSEMENT
(Société Anonyme)

Société Anonyme (*Dénomination sociale*)

Société anonyme au capital de 2.000.000 de francs
divisé en 4.000 actions numéraire de 500 francs.

Liste des souscripteurs de ces 4.000 actions et état
des versements effectués par chacun d'eux.

Nos d'ordre	Noms, prénoms et domiciles des souscripteurs	Nombre d'actions souscrites	Montant des actions souscrites	Versements effectués 125 f. par action
1				
2				
3				
	Total des actions souscrites			
	Montant des actions souscrites			
	Montant des versements effectués			

Le présent état est certifié sincère et véritable par
M. soussigné, fondateur de
ladite Société.

Paris, le

(Signature)

teurs empêche dans une certaine mesure les déclarations mensongères en signalant aux parties les sanctions civiles et pénales qu'elles encourent (art. 15 l. 1867).

2° La déclaration notariée en constatant officiellement que les conditions de fond prescrites par la loi (souscription intégrale du capital social et versement légal) ont bien été observées, constate par là même l'existence du lien de droit qui est né entre fondateurs et apporteurs, d'une part, et souscripteurs, d'autre part, dès l'instant où la souscription du capital social a été intégrale et où chaque contrat individuel de souscription est devenu parfait par l'acceptation des fondateurs, notifiée au souscripteur (1).

Jusque là les fondateurs pouvaient renoncer à constituer la Société et les apporteurs en nature rétracter leurs engagements. Ils ne le peuvent plus étant désormais au profit de l'être moral Société. Désormais les fondateurs sont *tenus* de convoquer l'Assemblée générale constitutive et les apporteurs *tenus* de transmettre à la Société en formation les apports promis. Seule l'Assemblée générale constitutive des actionnaires pourra empêcher la constitution de la Société.

(1) La condition suspensive de l'acceptation par les fondateurs de l'offre de souscription à laquelle était subordonnée la perfection du contrat de souscription se trouve en effet réalisée par l'acceptation des fondateurs qui peut être notifiée par lettre spéciales ou par circulaires, sauf aux fondateurs à prouver que les unes ou les autres sont arrivées à destination (D. 52. 5. 381 ; 54. 2. 139).

Du même jour de la souscription intégrale du capital social tout changement qui survient dans la capacité des fondateurs et apporteurs reste sans influence sur la constitution de la Société, exception faite cependant en ce qui concerne les effets légaux de la déclaration de faillite. C'est ainsi, dit M. Houpin, que si l'apporteur vient à décéder avant la constitution de la Société *ou l'existence de tout lien de droit*, nous considérons que les tuteurs de ses héritiers mineurs ne peuvent rendre l'apport définitif et constituer la société qu'autant qu'ils y sont régulièrement autorisés (1). Il s'ensuit que les tuteurs pourront rendre l'apport définitif sans autorisation spéciale, et permettre de constituer la société si l'apporteur est décédé après l'existence du lien de droit.

L'importance pratique des questions précédentes, souligne suffisamment l'importance de l'acte de déclaration notariée qui constate officiellement et fixe de façon certaine le moment où la Société a son capital entièrement souscrit. Dès l'instant où la déclaration est faite, nul doute possible : le lien de droit existe avec ses conséquences entre fondateurs, apporteurs et souscripteurs.

3° Les pièces annexées à la déclaration notariée (liste des souscripteurs et état des versements) indiquent quels sont les souscripteurs responsables des

(1) HOUPIN : *J. des Sociétés* 1895, p. 485.

versements et permettent de les poursuivre en cas de retard.

4° L'annexion d'un double de l'acte constitutif à la déclaration notariée assure la conservation des statuts sous-seings privés en même temps qu'elle empêche d'en altérer le texte. Le double annexé pourra être consulté à tout moment par les actionnaires ; il remplace les formalités de l'art. 1325 du Code Civil.

5° *Enfin et surtout la déclaration notariée maintient l'intervention du notaire à la constitution des Sociétés par actions et elle va lui permettre de remplir le rôle de mandataire conseil que nous examinerons par la suite.*

La question est controversée de savoir si la déclaration notariée de souscription et de versement fait foi jusqu'à inscription de faux des mentions qu'elle contient (1).

Il est possible de réunir en un seul et même acte *notarié* les statuts et la déclaration notariée de souscription et de versement. Rien n'est plus simple avec le mode de la formation simultanée qui permet d'effectuer en une même séance toutes les formalités es-

(1) Dans le sens de l'affirmative : *Maria*, sociétés commerciales par actions n° 246; Lyon, 14 juin 1895, S. 96. 2 213. En sens contraire, Arthuys n° 338. Vavas seur I, n° 322 ; Houpin I, n° 467. D'après ces derniers auteurs la déclaration ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, mais seulement jusqu'à preuve contraire des faits qui y sont relatés (souscription et versement), le notaire n'ayant pas reçu de la loi la mission de les contrôler.

sentielles de la constitution. Avec le mode de la formation successive également, les fondateurs pourront réunir en un même acte statuts et déclaration, il leur suffira de n'établir qu'un projet de statuts avant la souscription des titres, et de consigner le texte définitif des statuts dans l'acte notarié de déclaration de souscription et de versement, combinaison licite sinon logique, puisque la loi française actuelle sur les sociétés par actions ne prescrit l'observation d'aucun ordre spécial pour accomplir les diverses formalités consécutives (1). *Il faut du reste, à peine de nullité, que l'acte unique soit authentique.* A défaut, c'est-à-dire si les statuts ont été rédigés en la forme sous seings privés, il faudra, quel que soit le mode de formation adopté, établir un acte notarié distinct pour constater la déclaration de souscription et de versement. Si l'acte de société est rédigé en forme sous seings privés mais a été déposé pour minute en l'étude du notaire qui reçoit la déclaration des fondateurs, cette dernière formalité devra bien être constatée par un acte authentique distinct, mais il suffira

(1) Cette faculté pour les fondateurs d'obtenir la souscription intégrale du capital social sur le vu d'un simple projet des statuts qui restent modifiables jusqu'à la constitution définitive de la société est une infériorité manifeste de la loi française. Nous verrons par la suite que les principales législations étrangères sur les sociétés par actions exigent toutes la rédaction *définitive* et la publication du texte des statuts avant la souscription publique.

que le dépôt soit mentionné dans l'acte de déclaration sans qu'il soit besoin d'annexer audit acte l'expédition ou le double des statuts exigés par l'article 1^{er}, l. 1867 aux cas où les statuts rédigés sous seings privés n'ont été l'objet d'aucun dépôt antérieur, ou bien ont été rédigés par un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration.

La doctrine et la jurisprudence qui admettent bien dans tous les cas la nécessité d'observer les formalités fondamentales de souscription intégrale du capital social et de versement légal prescrites, ne sont plus d'accord pour décider de l'application des autres formalités constitutives : déclaration notariée de souscription et de versement, réunion des Assemblées générales constitutives chargées de vérifier les apports en nature et avantages particuliers et de nommer les premiers fonctionnaires de la Société.

La jurisprudence considère que ces dernières formalités sont établies dans l'intérêt des tiers souscripteurs, *pour les protéger contre les fraudes possibles des fondateurs*, savoir : la déclaration notariée contre la fictivité des souscriptions et des versements et la vérification des apports en Assemblée générale contre les majorations d'apport ; aussi n'exige-t-elle leur observation qu'au cas de constitution par souscription publique. Elle estime qu'elles perdent leur raison d'être quand fondateurs et souscripteurs se confondant comme il arrive avec la formation simul-

tanée, il n'existe plus d'intérêts divergents à protéger (1).

Tel n'est pas l'avis de la majorité des auteurs français (2).

« Nous estimons au contraire, dit M. Pic, que la distinction jurisprudentielle doit être écartée, et que les formalités prescrites à peine de nullité par la loi de 1867 s'imposent même au cas de constitution entre fondateurs, sans appel au public. Pourquoi distinguer, en effet, là où le législateur ne distingue pas ? Les défiances qui ont inspiré les art. 1^{er} et suivants de la loi de 1867 n'ont aucune raison de disparaître lorsque ce sont les fondateurs qui se répartissent les actions avec la pensée de les introduire sur le marché. Bien au contraire, c'est seulement lorsque la société se constitue presque clandestinement, entre lanceurs de l'affaire, sous le manteau de la cheminée, que les fraudes, les majorations d'apport notamment sont à redouter. » Et M. Pic réfute l'argument de la jurisprudence en disant que rien ne prouve que le législateur ait entendu protéger les seuls souscripteurs, que selon lui, au contraire, les prescriptions légales ont aussi été édictées dans l'intérêt de tous, des créanciers sociaux et des cessionnaires,

(1) La conception jurisprudentielle est partagée par la plupart des législations étrangères.

(2) Thaller n° 498, Lyon, Caen et Renault, T. II, n° 724 ; Houpin, T. I, n° 500 ; Arthuys, T. I, n° 370 ; Pic, T. II, n° 835.

Et il conclut :

1^o Qu'il y aura lieu à une déclaration de souscription et de versement pour peu qu'une fraction du capital soit souscrite en espèces.

2^o Que, même s'il n'y a que des apports en nature, il n'y a plus ni souscription, ni versement, mais il n'y en aura pas moins lieu à dépôt des statuts chez un notaire, attendu que ce dépôt ne sert pas seulement à contrôler l'accomplissement des formalités initiales, mais qu'il a également pour avantage de remplacer pour la masse des actionnaires, l'observation pratiquement impossible de l'art 1325 .

3^o Qu'il y aura toujours lieu à réunion des Assemblées générales constitutives chargées de vérifier les apports en nature et avantages particuliers et de nommer les premiers fonctionnaires de la société. sauf l'hypothèse spéciale visée par l'art. 4 in fine de la loi de 1867 (1).

C'est alors, il nous semble, qu'un contrôle par experts de la réalités des souscriptions et versements

(1) Art. 4, loi du 24 juillet 1867 : 1^{er} alin. Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

8^e alin. Les dispositions du présent article, relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire, ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires *par indivis*.

et de l'évaluation faite par les fondateurs de leurs apports, eût été particulièrement précieux pour l'épargne.

L'acte de déclaration de souscription et de versement est soumis aux mêmes conditions de validité que l'acte de Société lui-même, savoir :

1° Des conditions de forme, communes à tous les actes notariés.

2° Des conditions de compétence et de capacité de la part du notaire rédacteur (1).

3° Des conditions de capacité de la part des déclarants,

La déclaration doit émaner de personnes qualifiées, c'est-à-dire qu'elle doit être faite pour la commandite par actions par le gérant, et pour la société anonyme par tous les fondateurs. Si l'un ou plusieurs des fondateurs ne peuvent participer à la déclaration, ils doivent se faire représenter chez le notaire par un mandataire muni d'une *procuration authentique*, en vertu du principe juridique admis par la jurisprudence, qui assujettit le mandat aux mêmes formes que l'acte pour lequel il est donné. Une procuration sous seings privés serait inopérante, et ce, même en

(1) *Riom*, 26 févr. 1908, *J. Sociétés* 1908, p. 357. *Notaire. Intérêt personnel. Commission. Nullité de la déclaration notariée entraînant celle de la Société.*

auxquels les lanceurs de l'affaire vont presque aussitôt *repasser le paquet* et qui, en fait, sont les véritables souscripteurs.

présence de l'art. 69 de la loi de 1867 amendée en 1923 (1), qui vise le *cas spécial* d'une constitution d'hypothèque sur les biens sociaux et déroge en sa faveur au principe précédent. Cet article qui a le caractère d'une disposition de faveur ne saurait être étendu (2).

La déclaration notariée de souscription et versement viciée et annulée pour inobservation des conditions précédentes entraîne la nullité de la société, quand même les indications faites par les fondateurs seraient exactes, *et le notaire peut être déclaré responsable du préjudice causé.*

De même, la déclaration régulière en la forme, mais viciée au fond par des affirmations mensongères, entraîne la nullité de la Société pour inobservation des formalités constitutives, et elle engage la responsabilité civile et même pénale des fondateurs. *Elle n'engage pas la responsabilité du notaire qui ne peut*

(1) Art. 69 1. 1867 : « Il pourra être consenti hypothèque au nom de toute Société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seings privés ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique, conformément à l'art. 2127 du code civil.

(2) Pic., II, n° 946. Douai, 15 juillet 1910, D. 1911. 2. 25 et note Perceron ; S. 1911. 2. 97 et note Wahl (motifs).

être poursuivi que s'il a prêté sons concours à une déclaration qu'il savait mensongère (1).

A plus forte raison l'absence de déclaration notariée entraînera-t-elle la nullité de la société.

La loi de 1867 qui laisse le choix entre la forme authentique et la forme sous seing privé pour rédiger les statuts, exige à peine de nullité que la déclaration des fondateurs soit reçue pour un notaire. Cela résulte expressément des art. 1^{er}, 7, 24 et 41 de la loi de 1867. Les personnes responsables de l'absence de déclaration notariée seront, en premier lieu, les fondateurs chargés par la loi d'observer les formalités de constitution, en deuxième lieu, les personnes que cette même loi a chargées de contrôler la régularité de la constitution, savoir : les membres du premier conseil de surveillance dans la commandite par actions, les premiers administrateurs de la société anonyme ; dans les 2 types de sociétés par actions, les apporteurs en nature, même non fondateurs, du moment que leurs apports n'ont pas été vérifiés et approuvés par l'Assemblée générale constitutive des actionnaires. Toutes ces personnes sont solidairement responsables de l'irrégularité commise (art. 8 et 42 l. 1867).

Le rôle du notaire qui reçoit la déclaration des fondateurs, sans être absolument passif comme certains l'ont prétendu, est cependant très inférieur, en

(1) HOUPIŒ. *Journal des Sociétés* 1896, 272 et t. 1^{er} n° 441 ; Arthuys t. 1^{er} n° 338. PIC t. II n° 915.

importance, à celui qui lui avait été primitivement assigné par le projet de loi de 1856 (1).

Aux termes de ce projet, le notaire devait sous sa responsabilité « constater par acte notarié, *la réalisation* de la souscription intégrale du capital social et du versement prescrit par la loi sur chaque action ». Il avait donc un rôle de contrôle.

On a trouvé à cette époque que pareille responsabilité était une lourde charge pour les notaires, et le texte définitif, considérablement adouci, a été conservé successivement par les lois de 1863 et 1867. Voici, textuellement rapportées, les paroles qu'a prononcées à l'époque, M. J. Langlais, en faveur des notaires, dans son rapport fait au nom de la Commission du Corps Législatif chargée d'examiner le projet de loi relatif aux Sociétés en commandite par actions : « Le projet de loi prescrivait que la *réalisation* fût constaté par acte notarié. Cette disposition qui imposait à l'officier public des recherches souvent difficiles dans la pratique, et dont la responsabilité aurait pu s'inquiéter nous a paru être remplacé utilement par une nouvelle rédaction. Nous avons proposé que le versement préalable du 1/4 et la souscription

(1) Nous avons vu, supra p. 8, que la déclaration notariée de souscription et versement à la charge des fondateurs de sociétés par actions avait été instituée par la loi du 18 juillet 1856, laquelle introduisait en France le système de la réglementation légale généralisé depuis, mais appliqué par elle d'abord aux seules Sociétés en commandite par actions.

fussent l'objet d'une déclaration notariée par le gérant qui serait tenu d'y joindre la liste des souscriptions et l'état des versements » (1).

Les propositions de M. Langlais furent admises, et dans sa formule définitive, le texte de la loi de 1856 reproduit par l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867, al. 3, dispose : « Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié ». Désormais, le notaire constate dans un acte authentique la déclaration du gérant relative à la souscription et au versement, et non plus la réalisation même de la souscription et du versement comme exigeait le projet de loi de 1856.

Cette modification de la dernière heure est peut-être une grosse faute. Il semble qu'il eût été préférable de laisser au notaire le soin de vérifier *en la forme tout au moins*, la réalité de la souscription et des versements prescrits. Nous disons intentionnellement « en la forme » car il est impossible au notaire de vérifier au fond la sincérité de ces opérations, il ne peut qu'exiger des fondateurs les pièces justificatives, c'est-à-dire les bulletins qui témoignent de la souscription et le récépissé de la banque dépositaire des fonds de souscription qui atteste que ceux-ci ont bien été portés au compte de la société en formation. Mais après en avoir vérifié la régularité

(1) DALLOZ. *Jurisprudence générale*, 1856. Loi sur les sociétés en commandites par actions, p. 108. Rapport de M. J. Langlais, député, p. 110 n° 33.

apparente, le notaire ne pourra que faire confiance à ces pièces; il ne possède pas des pouvoirs suffisants d'information pour s'assurer de la réalité même de la souscription et du versement : seule une enquête approfondie pourrait révéler ces vices de fond et nous entrons alors dans le domaine des tribunaux et du juge d'instruction (1).

Sur les devoirs actuels du notaire qui reçoit la déclaration nous ne saurions mieux faire que rapporter ces quelques lignes d'un praticien : « Nous voulons bien admettre que, dans la plupart des cas, la responsabilité pécuniaire du notaire ne sera pas engagée, mais il est une responsabilité autrement sérieuse à nos yeux, c'est celle qui peut faire perdre au notaire une parcelle de la considération à laquelle il doit prétendre. Or, le public simpliste n'ira pas peser les termes de la loi pour juger le plus ou le moins de responsabilité encourue par le notaire ; il mettra notaire et fondateurs dans le même sac et le notaire n'échappera pas à ses sévérités. Il pourra éviter sa responsabilité pécuniaire, il n'évitera pas celle que le public fera peser lourdement sur sa re-

(1) Nous verrons au chapitre de la législation comparée qu'en Allemagne, en Angleterre et en Italie, la vérification des opérations de constitution est confiée à un fonctionnaire ou même à un magistrat jouissant de pouvoirs de contrôle étendus. Ils ne parviennent pas toujours cependant à démasquer les vices de fond qui nécessitent les recherches méticuleuses d'une instruction judiciaire.

nommée. Aussi nous allons plus loin que les auteurs et nous disons à nos confrères : lorsque vous aurez à recevoir une déclaration de souscription et de versement, exigez la justification du versement effectif, et assurez-vous, non seulement qu'ils existent, mais encore qu'ils ne pourront disparaître avant la constitution définitive. De deux choses l'une : ou vous aurez affaire à des fondateurs sérieux et alors ceux-ci se prêteront de bonne grâce à vos exigences; ou bien vous rencontrerez de la résistance et, par ce seul fait, vous acquerez la conviction que vous êtes en présence d'une déclaration irrégulière, auquel cas vous devrez refuser impitoyablement votre ministère. On vous objectera peut-être que le ministère du notaire est obligatoire, lorsqu'il est requis pour des actes légaux. Nous ne croyons pas qu'il se trouve en France un Tribunal pour vous condamner. Et d'ailleurs, nous en avons fait nous-mêmes l'expérience, les fondateurs n'insistent pas en présence des dispositions sévères de l'art. 15 de la loi de 1867 (1).

SECTION III

Publicité. — La publicité organisée par la loi de 1867 comporte :

Une *publicité initiale* par :

1° Dépôt aux greffes des tribunaux de commerce et de paix du lieu du siège social *et des succursales*

(1) MARIA, *Sociétés commerciales par actions*, n° 247.

(1) V. pages suivantes) d'un double de l'acte constitutif s'il est sous seings privés, d'une *expédition* s'il est notarié. A l'acte constitutif des sociétés par actions sont annexées : 1° Une expédition de l'acte notarié constatant la souscription intégrale du capital social et le versement de la quotité prescrite par la loi ; 2° Une copie in extenso et certifiée de chacune des délibérations des deux Assemblées générales constitutives ou de la délibération unique de cette Assemblée lorsqu'il n'existe pas d'apports ou avantages soumis à la vérification (2) ; 3° La liste nominative dûment certifiée des souscripteurs contenant les noms prénoms, qualités, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux si la société est anonyme (3° al. art. 55 l. 1867) (3). Bien que le dépôt de la liste des souscripteurs ne soit pas exigé des sociétés en com-

(1) Les greffiers des tribunaux de paix et de commerce dressent acte des dépôts qu'ils ont reçus, et ils en délivrent à la Société des extraits ou certificats de dépôt qui sont généralement déposés pour minute en l'étude du notaire avec l'exemplaire enregistré et légalisé du journal certificateur de la publicité par la voie de la presse. Il est ainsi justifié de la régularité extrêmement importante des publications.

(2) Il est satisfait aux prescriptions de la loi par le dépôt aux greffes d'une expédition délivrée par le notaire, des copies ou des originaux des délibérations constitutives à lui déposées pour minute (Paris 29 juillet 1880 et cass. 20 déc. 1882) (J. S. 1881, 37 ; 1885, 248). HOUPIN, op. cit. t. 2 n° 1199.

(3) Ordinairement cette liste qui est annexée à la déclaration notariée de souscription et de versement est expédiée à la suite de chacune des expéditions de cet acte.

mandite par actions, il est d'usage, même pour ces dernières sociétés, de copier à la suite de l'expédition de l'acte notarié de déclaration de souscription et de versement la liste qui y est annexée (1). C'est une bonne précaution ; elle évite le dépôt complémentaire qu'il y aurait lieu d'en faire par la suite, au cas de transformation de la société en société anonyme.

2° Et par insertion dans un journal d'annonces légales des mêmes lieux d'un extrait des statuts et des pièces annexées (2).

Il est justifié de l'insertion par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date (3) cet exemplaire reste annexé à l'acte de dépôt des pièces en l'étude du notaire de la Société.

(1) AMIAUD, *Traité formulaire du notariat* t. IV, Sociétés en général n° 44. Houpin, traité des Sociétés par actions n° 378.

(2) Les dépôts de pièces aux greffes et l'insertion d'un extrait des dites pièces dans un journal d'annonces légales constituent la *publicité légale* dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité de la Société à l'égard des intéressés, qui ne peuvent l'opposer aux tiers (art. 56 in fine). L'inobservation des autres formalités de publicité n'est sanctionnée que par une amende.

(3) L'enregistrement donne date certaine à l'insertion. Si le numéro du journal n'était pas enregistré dans le délai légal, le retard serait une cause de nullité de la Société (Grenoble, 30 octobre 1901, J. S. 1902, 159 ; Lyon, 12 décembre 1902, J. S. 1903, 302 ; Poitiers, 17 mars 1911, J. S. 1911, 15) même si le retard était imputable à l'imprimeur ou au receveur de l'enregistrement (HEMARD, n° 129, Arthuys, n° 792).

M. Maria, notaire à Marseille, conseille avec raison de publier à la suite des documents prescrits par la loi, la délibération du Conseil d'administration, prise généralement à l'issue de la deuxième Assemblée nommant le président du Conseil et l'administrateur délégué ou le Directeur. C'est là, dit-il, une pratique excellente qui a l'avantage de faire connaître immédiatement aux tiers quels ont ceux des administrateurs dont la signature engagera la société (1).

Le dépôt des pièces aux greffes des tribunaux de paix et de commerce est effectué, en principe, par les représentants légaux de la Société, le notaire n'étant tenu par la loi qu'à la délivrance des expéditions nécessaires au dépôt ; mais il est d'usage, soit dans les statuts, soit dans les délibérations de l'Assemblée, de donner pouvoir d'opérer le dépôt à tout porteur des documents à déposer. Dans ce cas le dépôt peut être fait par toute personne, même étrangère à la société (2).

De même l'extrait est signé par le gérant de la commandite ou les administrateurs de la société anonyme pour les actes sous seings privés et pour les

(1) MARIA : *En Sociétés commerciales par actions*. C'est l'ouvrage d'un praticien auquel nous adressons le lecteur qui désire de plus amples renseignements sur la constitution et la publicité des Sociétés par actions. Il y trouvera des détails pratiques qui ne figurent pas dans les ouvrages de théorie pure.

(2) Il est opéré ordinairement par un clerc du notaire qui a reçu l'acte.

délibérations de l'Assemblée générale qui n'ont pas été déposés pour minute en l'étude d'un notaire (1).

Il n'est signé par le notaire que si ce dernier a reçu les actes, ou si ceux-ci ont été déposés pour minute en son étude. (Art. 60 1. 1867).

En sorte qu'en principe tout au moins, et lorsqu'il s'agit d'actes sous seings privés, la publicité légale est effectuée par les représentants légaux de la Société qui sont responsables des irrégularités commises.

En fait, c'est presque toujours le notaire qui publie les actes de la Société, de même qu'il veille à l'accomplissement régulier de toutes les formalités de constitution, que les statuts sociaux aient été rédigés en forme authentique ou sous seings privés. Dans ce dernier cas, en effet, si la société possède la moindre importance, ses représentants ne manqueront pas de déposer pour minute en l'étude d'un notaire toutes les pièces constitutives ou autres qui l'intéressent, afin de leur conférer l'authenticité et d'en assurer la conservation. Le notaire agissant alors comme mandataire express ou tacite de la Société, délivrera les expéditions pour les dépôts qu'il effectuera lui-même, signera les extraits dont il requerra l'insertion, fera enregistrer l'exemplaire du journal lequel a paru l'in-

(1) Les formalités de publicité étant postérieures à la constitution de la Société, n'incombent plus aux fondateurs qui ont terminé leur tâche en constituant la Société, mais aux organes chargés de gérer les affaires sociales, les gérants dans la commandite par actions, les administrateurs dans la Société anonyme.

sertion, le tout dans les délais fixés par la loi. Le notaire ayant reçu mandat pourra être déclaré responsable suivant les circonstances de la nullité ou des irrégularités de la publication (1).

Et une publicité permanente qui comprend :

1° Le droit pour les intéressés de prendre communication des pièces déposées chez le notaire, aux greffes des tribunaux de commerce et de paix, et le droit d'obtenir copie certifiée des statuts ou siège social moyennant un paiement maximum de 1 franc.

2° L'affichage des pièces déposées d'une manière apparente dans les bureaux de la société.

3° L'obligation dans tous documents émanés des sociétés par actions de faire précéder ou suivre immédiatement la dénomination sociale des mots « société anonyme » ou société en commandite par action » et l'énonciation du capital social.

A la publicité légale par dépôt aux greffes et insertion d'extraits il convient d'ajouter la publicité complémentaire instituée par la loi du 30 janvier 1907 au cas de vente publique de titres, et celle prescrite par la loi du 18 mars 1919 qui introduit en France l'inscription obligatoire de la société au registre du commerce. Comme les formalités de publicité légale, ces dernières formalités de publicité incombent en prin-

(1) Bourg, 26 juin 1923, Dalloz 1923, V 13 ; Douai 21 nov. 1840, S. 40, II, 497 ; Corbiau, Rev. prat. S. Belg., 1891, 71. Houpin, J. S. 1896, 295 ; traité, II, n° 1219. V. *infra*, le rôle officieux du notaire. Publicité.

cipe aux représentants légaux de la société. En fait elles sont aussi accomplies par le notaire agissant comme mandataire exprès ou tacite des parties.

La publicité permanente et la publicité complémentaire organisées par les lois précédentes ne sont pas prescrites à peine de nullité de la société comme la publicité légale mais leur inobservation est sanctionnée par une amende.

SECTION IV

Augmentation du capital social. . . Rôle du notaire.

C'est à l'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires délibérant sans les distinctions et en observant les conditions spéciales de majorité et de quorum établies par la loi du 22 novembre 1913 ainsi qu'en observant les règles contenues aux statuts à ce sujet, qu'il appartient d'en modifier le texte.

Spécialement, au cas de modification par augmentation du capital social, la loi prescrit l'observation des formalités exigées pour la constitution (1), savoir:

(1) « La loi n'exige pas, formellement, que la procédure initiale s'étende au capital nouveau. Elle ne le dit qu'indirectement dans l'art. 45 à propos des Sociétés anonymes antérieures à 1867, qui voudraient augmenter aujourd'hui leur capital. Mais on arrive à ce résultat par un raisonnement d'analogie (Traité élémentaire de droit commercial, Thaller et Percerou).

Le capital social d'augmentation doit être intégralement souscrit.

Il est opéré un versement du quart au moins sur le montant de chaque titre souscrit.

Les gérants ou administrateurs doivent déclarer au notaire qui en dresse acte que les conditions précédentes ont bien été observées (1), et à l'acte notarié de déclaration de souscription et de versement sont annexées la liste nominative des souscripteurs, une copie certifiée de la délibération qui a autorisé l'augmentation du capital social et une expédition des minutes du notaire qui a reçu la déclaration.

La sincérité de cette déclaration ainsi que la valeur des apports en nature et avantages nouveaux seront vérifiées par des Assemblées générales composées de tous les actionnaires anciens et nouveaux (2). Naturellement les nouveaux apporteurs et bénéficiaires d'avantages ne participent pas aux délibérations qui les intéressent.

L'augmentation du capital social est publiée avant la souscription publique par insertion d'une notice au *Journal Officiel* (loi du 30 janvier 1907) et après la

(1) Tous les administrateurs comme précédemment tous les fondateurs doivent participer, à la nouvelle déclaration notariée. Le rôle des fondateurs ayant cessé avec la constitution définitive de la Société, ce sont les gérants et les administrateurs qui accompliront les formalités exigées par la loi pour l'augmentation de capital, Paris, 9 mai 1913, J. Sociétés 1914 p. 207.

(2) Seine, 20 juin 1887 ; Paris 20 juin 1891 ; Houpin nos 665 et 667, Maria n° 380.

souscription dans le mois de l'Assemblée qui a rendu définitive cette augmentation. L'art. 61 semble prescrire dans tous les cas l'observation des formalités prévues aux art. 55 et 56 : Pourtant la majorité des auteurs distingue : elle admet le dépôt aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du siège social et des succursales de tous actes modifiables sans exception, avec les feuilles de présence et les procès-verbaux des Assemblées générales qui ont voté la modification (1), mais elle repousse la publication par la voie des journaux (insertion d'extrait) de toutes modifications d'ordre purement intérieur (inventaire, répartition des bénéfices, etc.). La publication par insertion d'extrait ayant pour seul but de renseigner les tiers, il convient en effet, d'en éviter les frais lorsque ceux-ci ne sont pas intéressés à la modification. Ce sont les représentants légaux de la société qui sont chargés par la loi de veiller à l'exécution des diverses formalités de publicité comme ils sont chargés par elle, de veiller à l'exécution des autres formalités occasionnées par l'augmentation de capital.

(1) L'adjonction au dépôt des actes modificatifs des feuilles de présence et procès-verbaux des assemblées générales qui ont voté la modification, réalise un complément utile de publicité qui permet aux tiers intéressés de connaître les débats et les différents avis émis au sein de l'Assemblée préalablement au vote de la modification. Elle semble justifiée d'ailleurs par les termes de l'art. 61 qui indique comme soumis aux formalités des art. 55 et 56 « tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts.

Le rôle que la loi assigne au notaire lors de l'augmentation du capital social se borne en principe à recevoir la nouvelle déclaration de souscription et de versement que doivent effectuer les représentants légaux de la société. En fait, pour l'augmentation de capital comme pour la constitution initiale, c'est le notaire, agissant comme mandataire tacite ou express des parties qui publie l'augmentation du capital social et qui se charge d'accomplir les diverses formalités nécessaires.

Le notaire rédige en outre en la *forme authentique* le procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire qui décide l'augmentation.

L'Assemblée générale, en effet, par la même délibération *donne mandat* au conseil d'administration d'effectuer l'augmentation avec les formalités qu'elle comporte, notamment de passer la déclaration de souscription et de versement à laquelle les administrateurs figureront comme mandataires de la société. Or, le mandataire à l'acte authentique devant être muni lui-même d'un pouvoir authentique, la délibération de l'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui mandate le conseil d'administration devra être constatée par un procès-verbal authentique.

Si, comme il arrive souvent, le conseil d'administration délègue à son tour l'un de ses membres pour passer la déclaration, l'administrateur délégué, devra, toujours en vertu du même principe, être muni d'un pouvoir authentique. Ce pouvoir authentique résul-

tera de l'établissement en la forme authentique du procès-verbal de délibération du conseil d'administration qui délègue d'administrateur déclarant.

De même, si le conseil d'administration composé de quelques membres seulement, décide de passer lui-même la déclaration notariée, tout administrateur empêché devra être représenté par un mandataire pourvu d'une *procuration authentique*.

M. Arthuys justifie en ces termes la nécessité du mandat authentique : « L'augmentation de capital est un acte qui dépend de la volonté de l'Assemblée seule et qui dépasse les actes d'administration. Il est donc nécessaire qu'elle décide que l'augmentation aura lieu, qu'elle investisse spécialement les administrateurs des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cet acte, *et comme le mandat de faire la déclaration doit être notarié la délibération de l'Assemblée devra être constatée par un procès verbal authentique*. Mais le pouvoir une fois donné au conseil, un seul des administrateurs, délégué ou non, peut-il faire la déclaration ? C'est douteux, un second mandat authentique paraît nécessaire parce que le conseil d'administration fait une délégation ; cette délégation doit être faite par acte notarié. Pour éviter cette complication et ces frais, on a proposé le procédé suivant : dans les *statuts authentiques* on inscrira une clause qui permettra de faire faire la déclaration par un ou deux administrateurs quelconques sans qu'il soit nécessaire que le conseil prenne une délibération à ce sujet ».

Ainsi un simple mandat verbal ou même un mandat sous seings privés rend nulle la déclaration et cette nullité d'ordre public, peut être invoquée par tous les intéressés, notamment par un actionnaire ayant assisté à l'Assemblée générale qui a reconnu la sincérité de la déclaration (1). Toutefois, et comme l'indique M. Arthuys, pour éviter les complications et les frais occasionnés par une double délibération de l'Assemblée générale extraordinaire et du conseil d'administration avec établissement des procès-verbaux en la forme authentique, la pratique stipule généralement dans les statuts authentiques — *mais encore faut-il qu'ils soient authentiques* — que la déclaration de souscription et de versement au cas d'augmentation du capital social pourra être faite valablement par un ou deux administrateurs sans qu'il soit besoin d'une délibération du conseil d'administration pour les mandater (2).

On évite ainsi une délibération, celle du conseil d'administration. La délibération authentique de l'Assemblée générale qui décide l'augmentation et saisit les administrateurs reste toujours nécessaire.

Enfin l'augmentation de capital devra, dans le mois faire l'objet d'une déclaration supplémentaire à l'en-

(1) Douai 15 juillet 1910 ; J. Sociétés 1911 p. 60.

(2) Trib. com. de Nantes, 11 juillet 1921 ; J. Sociétés, mai 1922, p. 230. Dans le même sens, Houpin et Bosvieux, traités des Sociétés, 5^{me} édition n° 732 ; Perce-rou D. 1911. 2. 25.

registrement (1) et l'abonnement au timbre sera souscrit pour les nouvelles actions émises.

L'augmentation de capital effectuée en contravention des dispositions précédentes est nulle sans que cette nullité entraîne cependant celle de la société.

La formalité obligatoire de la déclaration notariée de souscription et versement pour l'augmentation de capital comme pour la constitution initiale de la société assure la participation effective du notaire aux opérations et lui permet de veiller à ce que l'augmentation de capital soit régulièrement effectuée.

SECTION V

Le notaire est dépositaire des pièces qui intéressent l'existence sociale.

Eien que la loi ne l'impose pas, il est d'usage de déposer pour minute en l'étude du notaire rédacteur des statuts, ou qui a reçu la déclaration de souscription et de versement, toutes les pièces relatives à la constitution ou à l'existence sociale, savoir :

1° Les statuts sociaux, lorsqu'ils ont été rédigés en la forme sous seings privés ;

2° Un exemplaire enregistré et légalisé du journal contenant l'avis de convocation aux Assemblées générales constitutives ;

3° La feuille de présence sur timbre des actionnai-

1) V. Infra, le rôle officieux du notaire. Déclaration d'existence.

res présents à chaque Assemblée et les pouvoirs de ceux qui se sont fait représenter ;

4° Les copies certifiées conformes et écrites sur timbre de dimension des procès-verbaux des Assemblées générales constitutives ou extraordinaires. *Dans la pratique*, on dépose même pour minute au notaire les procès-verbaux des Assemblées générales ordinaires ou de conseil d'administration quand les délibérations présentent une importance particulière. On déposera ainsi pour minute au notaire le procès-verbal de délibération du Conseil d'administration (ou un extrait de cette délibération) qui nomme une personne aux fonctions d'administrateur délégué, le directeur technique de la société, par exemple.

En France, les procès-verbaux des Assemblées générales d'actionnaires sont *rédigés habituellement par le secrétaire de la société* (1), ils sont inscrits sur le registre des procès-verbaux (2) et signés par

(1) Nous verrons au titre de la législation comparée que les législations les plus importantes confient au notaire le soin de rédiger les procès-verbaux des délibérations des Assemblées générales constitutives et des Assemblées générales extraordinaires. Certaines même, comme la législation allemande, exigent que la forme authentique soit employée pour tous les procès-verbaux l'Assemblée générale.

(2) Il est tenu au siège social un registre spécial où sont transcrits à la suite les uns des autres les procès-verbaux des délibérations d'Assemblée générale (constitutive, ordinaire ou extraordinaire) et un registre spécial où sont consignés les procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration.

les membres du bureau ou la majorité d'entre eux. Il est d'usage, en outre, dans les sociétés anonymes, de faire signer les administrateurs et les commissaires au bas du procès-verbal de la deuxième Assemblée constitutive, afin de constater l'acceptation de leurs fonctions ; de même on mentionne généralement au procès-verbal des Assemblées générales constitutives que les apporteurs ou bénéficiaires d'avantages soumis à vérification n'ont pas participé au vote sur l'approbation, quoique l'interdiction de voter ne les empêche pas de participer à la réunion et à la discussion qui précède. Dans la pratique, on ne relate au procès-verbal que les propositions mises aux voix suivies du sens de la délibération, sans mentionner les incidents de la discussion qui a pu précéder la délibération (1). Il eût été préférable de relater ces incidents susceptibles d'éclairer les tribunaux au cas où contestation viendrait à s'élever par la suite précisément sur le point discuté. Les décisions de la majorité étant souveraines, il est douteux que la minorité ou l'un de ses membres puissent exiger la consignation au procès-verbal des motifs de son vote si la majorité s'y oppose. La minorité aurait cependant un moyen détourné d'arriver à ses fins en agissant par voie d'amendement aux questions sur lesquelles l'Assemblée est appelée à délibérer ou bien en formulant une contre-proposition : amendement ou

(1) Maria, op. cit., n° 284.

contre-proposition seront à coup sûr repoussés par la majorité, mais le fait par celle-ci de prononcer un vote contraire entraînera la relation de l'incident au procès-verbal (1).

C'est lors du dépôt des copies des procès-verbaux des Assemblées générales constitutives que sont acquittés les droits d'enregistrement relatifs à la constitution de la Société. Le but du dépôt étant de conserver les pièces déposées et non de leur conférer l'authenticité, il est préférable de faire effectuer le dépôt par une personne étrangère à la Société, un **clerc de notaire** par exemple, plutôt que par le représentant légal de la société, afin d'éviter les droits que l'enregistrement ne manquerait pas de réclamer à ce dernier sur les actes sous seings privés non enregistrés, des marchés passés dans la société par exemple, et énoncés dans les pièces déposées. Le dépôt par le représentant légal laisserait supposer, en effet, que les marchés ont été exécutés et l'acte sous seings privés doit être enregistré dans les trois mois de son exécution.

Nous verrons qu'en Belgique le procès-verbal d'Assemblée générale constitutive n'est pas déposé pour minute au notaire de la Société, mais bel et bien rédigé par ce notaire qui assiste en personne aux délibérations de l'Assemblée constitutive ; en Belgique, le procès-verbal d'Assemblée constitutive est en même

(1) Maria, n° 284. Houpin, n° 881.

temps l'acte constitutif de la Société (V. législation comparée). En France, seul le procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire qui décide d'augmenter le capital social doit être authentique, encore n'est-ce que incidemment, et parce que l'Assemblée par la même délibération donne mandat aux représentants de la société, de passer la déclaration de souscription et de versement qui doit être constatée en un acte notarié (Supra).

5° Les extraits ou certificats de dépôt délivrés par les greffiers de la justice de paix ou du tribunal de commerce qui en ont dressé acte.

6° L'exemplaire légalisé et enregistré du journal qui constate la régularité de la publication ;

7° Les documents relatifs à la déclaration d'existence ;

8° Les inventaires et bilans, prospectus et comptes-rendus d'Assemblées générales, etc., etc.

Il est ainsi constitué au nom de la société, en l'étude de son notaire, un véritable dossier qui centralise à la disposition des intéressés tous documents utiles. Pratique excellente qui remplace chez nous « l'Office des Sociétés » utilisé dans la plupart des

législations voisines et remédie à l'insuffisance de notre publicité dispersée dans une multitude de feuilles locales, peu ou point lues (1). Cette pratique assure en outre la conservation des pièces déposées.

CHAPITRE II

LE RÔLE DU NOTAIRE, EN DEHORS DE SA MISSION LÉGALE, DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

(Rôle de conseil, de mandataire ou de gérant d'affaires des parties. Responsabilités)

Nous avons examiné le rôle légal du notaire et signalé son peu d'importance, apparente tout au moins,

(1) Depuis quelques années un mouvement se manifeste en France en faveur de la centralisation de la publicité sur les Sociétés par actions : lois du 30 janvier 1907 et du 18 mars 1919, projet de réforme de 1903. De même, diverses propositions ont été faites pour introduire en France un office des Sociétés : proposition de loi Géo-Gérald tendant à créer sous le contrôle direct du gouvernement un *office national des Sociétés anonymes* (Gaz. des Soc. 1913, p. 212; Pic, n° 1083, note 3), proposition de M. Bender qui préconise la création au Ministère de la Justice d'un *Office public de renseignement sur les Sociétés*, ou seraient centralisés tous renseignements utiles (La défense de l'épargne par la réforme des Sociétés par actions ; quest. prat. 1912, p. 242), proposition de M. Linol qui préconise l'organisation d'un casier judiciaire et d'un casier commercial des Sociétés par actions. (Gaz. soc. 1913, p. 75). Nous ne possédons pas encore en France d'office centralisateur qui tienne gratuitement ou moyennant une faible rétribution, à la disposition du public tous les renseignements utiles sur toutes les Sociétés par actions formées ou fonctionnant en France.

aux termes de la loi organitaire du 24 juillet 1867. Nous avons indiqué, en passant, que le notaire ne se cantonnait pas toujours dans ce rôle effacé, mais qu'il jouait aussi un rôle de fait, officieux ou extraprofessionnel, à la constitution des sociétés par actions.

En dehors de sa mission légale, le notaire, peut intervenir dans la constitution des sociétés par actions comme conseil, comme mandataires ou comme gérant d'affaires des parties, Et il encourt du fait de ces diverses fonctions une sérieuse responsabilité.

SECTION I

Le notaire est le conseil des parties.

« Les notaires ont *uniquement* pour mission de donner l'authenticité aux conventions des parties et de recevoir leurs déclarations. C'est le rôle qui leur a été assigné par la loi organique du notariat ». Ainsi s'exprimait dans son rapport M. Chastenet (1).

Cette définition du rôle du notaire a pu être exacte il y a cent ans, elle ne l'est plus aujourd'hui. Comme les sociétés par actions, le notariat a prodigieusement évolué au cours du siècle dernier, et la loi de ventôse est devenue insuffisante comme est devenue insuffisante la loi du 24 juillet 1867 .

Le notariat est passé par 3 phases successives :

(1) Rapport de M Chastenet. Ch. 27 novembre 1906, Doc-Parl n° 477.

Au cours de la première qui comprend le moyen-âge et la Royauté (1), les notaires étaient de simples rédacteurs d'actes, des scribes, chargés seulement de relater les conventions des parties, de leur conférer l'authenticité et d'en assurer la conservation. L'acte étant régulier en la forme, la responsabilité du notaire se trouvait sauvegardée. C'était aux parties elles-mêmes à assurer l'exécution de la convention. Telle était la fonction de « celui de nos ancêtres auquel la déférence publique, parfois un peu narquoise, avait conservé le nom de tabellion » (2). On conçoit que la responsabilité

(1) A vrai dire, l'origine du notariat est beaucoup plus ancienne. On trouve des rédacteurs officiels des conventions des parties chez les peuples les plus reculés et chez tous les peuples, ce qui prouve l'excellence de l'institution : chez les Hébreux, les Egyptiens, les Assyriens, les Grecs et les Romains (V. *Etudes historiques et bibliographiques sur le notariat*, Zara, 1895). Naturellement avec les institutions romaines le notariat pénétra dans l'ancienne Gaule. Mais on ne possède que fort peu de renseignements sur les attributions exacts comme, sur la responsabilité que ces scribes pouvaient encourir à l'occasion de leurs fautes professionnelles.

(2) Extrait du discours prononcé le 25 mai 1925 par M. MOREAU, directeur de l'Ecole de Notariat de Paris, au banquet de l'Association des anciens élèves de l'Ecole. V. également le discours prononcé à Rennes à l'occasion de la distribution des prix de l'école de notariat, par M. Martin, procureur de la République : Le notaire d'autrefois, d'aujourd'hui et de demain (Rép. gén. prat du not. 1900, art. 11208).

qui en ait résulté pour lui fut très limitée et n'ait été occasionnée que par une faute grossière (1).

Mais dès la fin de la Royauté, les notaires sortent du rôle passif de rédacteurs des conventions. Ils ont acquis au cours de leur carrière l'expérience des hommes et des choses, et leurs clients mettent à profit cette expérience pour leur demander conseil. Ainsi naît l'usage le rôle de conseil du notaire qui devient toujours le confident et presque toujours l'ami de son client. Et c'est en qualité de confident ou d'ami, ne l'oublions pas, pour lui rendre service que le notaire prodigue ses conseils.

Le législateur l'avait si bien compris qu'étant appelé à rédiger la loi organique du notariat, il s'est borné à définir les fonctions du notaire (Art. 1^{er}), celles de l'écrivain, du scribe officiel qu'il estimait seules susceptibles d'engager sa responsabilité, sans parler des fonctions de conseil, non pas que ce rôle du notaire lui ait échappé. M. le conseiller Réal au contraire, y fait une allusion très nette dans l'exposé des motifs de la loi de ventôse lorsqu'il dit que « à côté des fonctionnaires qui concilient et jugent les

(1) V. Henri Lefrançois (thèse) : De la responsabilité civile des notaires (p. 124). « Ce rôle presque passif du notaire correspondait au peu d'intensité de la vie juridique d'alors ; on faisait peu de contrats et c'étaient toujours les mêmes : des constitutions de rentes, des reconnaissances de dettes, des louages, les ventes et les partage étaient rares, les testaments peu compliqués, aussi tous les éléments des actes étaient réunis à l'avance et les notaires n'avaient qu'à appliquer les règles de formes ».

différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, *conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés*, leur font connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort... » Mais il a estimé que le notaire n'était pas tenu d'un devoir professionnel de conseiller ses clients et seulement d'un devoir moral, que c'était à lui affaire de conscience. L'exposé des motifs souligne, ce n'est pas douteux, l'intention bien arrêtée du législateur de ne pas incorporer au texte définitif de la loi, une disposition qui fasse du notaire le conseil légal des parties.

Tel n'est pas cependant l'avis de la jurisprudence contemporaine. Depuis le début du siècle dernier et surtout depuis ces cinquante dernières années, le rôle officieux du notaire n'a cessé de croître en importance. D'accessoire qu'il était, il est devenu principal, et sans aller jusqu'à dire que les fonctions autrefois principales de rédacteur des conventions soient de nos jours des fonctions accessoires (1), nous croyons que les fonctions officieuses

(1) Depuis le commencement du siècle dernier, dit M. Lefrançois, le rôle du notaire s'est encore largement étendu. La rédaction des conventions arrêtées à l'avance par les parties est devenue la partie accidentelle, en quelque sorte accessoire, de l'office des notaires ; non seulement ils concourent très souvent aujourd'hui au rap-

ou extra-légales du notaire (rôle de conseil, de mandataire ou de gérant d'affaires des parties), sont équivalentes en importance aux fonctions officielles. Au cours de cette troisième phase, phase contemporaine, les affaires se sont multipliées ; à l'initiative individuelle s'est substituée l'initiative collective des grandes sociétés qui sont foncion, nous l'avons vu des progrès du machinisme et des grandes dévouertes scientifiques. Le nombre des transactions et et leur importance se sont trouvés considérablement accrus, et par suite de la multiplicité des intérêts en jeu, pour protéger ces intérêts et pour répondre à tous les besoins nouveaux, de nouvelles lois ont été faites, lois nombreuses, et, il faut bien le reconnaître pas toujours très claires, parfois même contradictoires (lois sur les loyers, lois fiscales, lois sur les dommages de guerre, etc., etc...). Or, si, en principe, nul

prochement des volontés à la formation même de la convention, en éclairant les parties sur les conséquences de leurs engagements, non seulement ils se chargent d'indiquer à leurs clients ce qu'il faut faire pour obtenir un résultat cherché, mais encore ils prennent pour leurs clients tous les renseignements nécessaires, et, une fois l'acte rédigé, ils en assurent l'exécution par l'accomplissement des formalités subséquentes. *Le rôle que le notaire remplit en fait n'est donc plus strictement notarial.* Outre ce que seul il peut accomplir, le notaire fait pour ses clients presque tout ce qu'ils pourraient faire eux-mêmes, ou qu'un tiers quelconque pourrait, faire pour eux ; il est devenu en quelque sorte, l'homme d'affaires des parties. (Lefrançois, op. cit., thèse p. 126).

n'est censé ignorer la loi, en fait il est impossible à une personne qui n'est pas du métier de se reconnaître dans le maquis des lois nouvelles. Le particulier, pouvait autrefois, sans inconvénients gérer sa fortune, la simplicité des relations, le peu d'activité de la vie économique le lui permettaient sans grand danger, il ne peut plus aujourd'hui se passer d'un conseil juridique, qu'il s'agisse des conseils d'un homme d'affaires privé, ou des conseils d'un officier ministériel. Et le rôle de conseil juridique du notaire qui s'était affirmé il y a cent ans, mais n'était encore qu'à ses débuts, a suivi la progression formidable de la vie économique moderne, il est devenu capital, indispensable aux particuliers dans la gestion de leurs fortunes. Le notaire sans cesse consulté sur les questions les plus diverses, a dû lui-même fournir un gros effort pour conserver son prestige (aux yeux de ses clients) ; il ne lui suffit plus d'avoir du bon sens et de l'expérience, il lui faut encore connaître la science du droit. « L'heure est venue du notaire savant, et je dis savant, non pas d'une érudition traditionnelle et routinière, mais d'une véritable science doctrinale qui, comme toutes les sciences, repose sur la connaissance méthodique et approfondie des principes, de leur enchaînement et de leurs conséquences (1). De ce rôle capital de con-

(1) Discours précité de M. MOREAU (25 mai 1925) au banquet de l'Association des Anciens élèves de l'Ecole du notariat de Paris.

seil juridique dont le législateur du 25 ventôse au XI n'a pas voulu imposer la responsabilité déjà très lourde à cette époque, la jurisprudence veut faire un rôle légal. Peu lui importe que la responsabilité du notaire en devienne écrasante au point que le législateur n'ait pas voulu en charger le notariat. Puisque un conseil juridique est devenu indispensable aux particuliers, et que le notaire présente les plus sûres garanties de compétence et d'honnêteté, elle décide de sacrifier le notaire à l'intérêt général ; puis-que la loi ne détermine pas à son gré les cas de responsabilité et le montant des dommages-intérêts encourus par le notaire dans ces différents cas, elle s'arroge à cet égard un pouvoir discrétionnaire et, elle décide que le notaire est tenu sous a responsabilité, appréciée presque toujours, nous le verrons, selon les principes des Art. 1382 et suivants du code civil, d'éclairer les parties. En sorte que la responsabilité des notaires comme conseils est soumise à l'heure actuelle à l'arbitraire absolu des tribunaux.

La rigueur même des tribunaux à son égard prouve suffisamment que le notaire moderne *n'a plus* pour unique mission de conférer l'authenticité aux conventions des parties comme l'affirmait M. Chastenot dans son rapport (supra). S'il en était ainsi, en effet, qui donc accomplirait les diverses formalités hypothécaires, d'enregistrement ou autres auxquelles peuvent donner lieu la passation des actes ? Qui donc

vérifierait l'identité et la capacité des parties ? (1), pourquoi donc la responsabilité du notaire se trouverait-elle si fréquemment engagée ? Ne serait-il pas absurde autant qu'injuste de condamner un notaire simple rédacteur des conventions des parties, auquel serait refusée toute espèce d'initiative ? L'attitude de la jurisprudence qui met si volontiers en cause la responsabilité notariale, qu'il s'agisse du notaire conseil, du notaire mandataire ou du notaire gérant d'affaires, inflige un démenti formel aux affirmations de M. Chastenet.

MM. Maurice Colin et Amiaud s'élèvent énergiquement contre l'opinion qui voudrait faire du notaire un instrument passif de rédaction au service des parties. De tout temps, a dit M. Colin, les tribunaux ont su impitoyablement rappeler aux notaires que leur rôle ne consiste pas uniquement à donner l'authenticité aux conventions et à recevoir les déclarations des parties. Qu'on ne leur jette donc pas cet argument à la tête, alors qu'on n'accepte pas qu'ils l'opposent lorsque leur responsabilité est mise en cause (2) et M. Amiaud ajoute que « en limitant le ministère des notaires à la seule constatation des conventions,

(1) Le notaire *doit* refuser son ministère 1° Quand les parties qui le requièrent sont juridiquement incapables de contracter ; 2° Quand les parties veulent faire constater des conventions contraires à la loi. Il *peut* le refuser quand les parties ne consignent pas une somme suffisante pour payer les droits d'enregistrement de l'acte.

(2) M. COLIN, op. cit., page 87.

à la seule rédaction de l'acte, on fait d'eux un instrument passif, on enlève tout son prestige à une profession dont le rôle social est un rôle des plus élevés, celui de la conciliation ; on la prive de la confiance qu'a besoin de pouvoir lui donner chacun de ceux qui y ont recours » (1).

Il est certain que le notaire a le devoir d'éclairer les parties, devoir qui, pour être moral n'en est pas moins rigoureux (2). Cela résulte de l'exposé des motifs de la loi de ventôse (3). Le notaire doit instruire ses clients de leurs droits et de leurs obligations respectifs leur expliquer tous les effets des engagements qu'ils contractent^e; leur exposer les chances ou les périls qu'ils peuvent encourir, leur indiquer enfin les précautions que la loi met à leur disposition pour garantir l'exécution de leurs volontés ; et ce devoir est d'autant plus strict que les parties sont moins instruites, moins habituées aux affaires, ou que ces affaires sont plus compliquées. Ce dernier cas s'applique à la constitution des Sociétés par actions, tâche des plus délicates et des plus compliquées, nous l'avons signalé. Les fondateurs, hommes d'affaires avertis, mais généralement très mau-

(1) AMIAUD, *op. cit.*, n° 105, tome II.

(2) Le devoir moral pour le notaire de conseiller les parties pourra engendrer contre ce dernier des dommages *s'il a agi de mauvaise foi*. Mais c'est au client à établir la mauvaise foi du notaire conformément au principe juridique « probatio incumbit actori ».

(3) SUPRA, p. 39.

vais juristes, ne comprennent pas la portée ni l'utilité du cortège de formalités imposées par la loi. Comme ils traitent les affaires, ils traitent la constitution de la société, et ils sont toujours disposés à passer outre aux formalités légales pour peu que celles-ci les embarrassent, sans autrement prévoir les conséquences de leurs irrégularités. Les conseils du notaire apparaîtront alors particulièrement précieux. Il dirigera les fondateurs hésitants, il les empêchera de commettre des fautes irréparables sanctionnées presque toujours par la nullité de la société, et il sauvegardera ainsi leur responsabilité. Au courant du droit fiscal, il pourra éviter à la société naissante, en matière d'apports notamment, des droits d'enregistrement très importants. (1).

SECTION II

Le notaire est le mandataire des parties. (2)

Le notaire, outre ses fonctions habituelles de ré-

(1) On ne saurait comparer la garantie offerte par les conseils d'un notaire, officier public, que la jurisprudence rend volontiers responsable avec l'absence de garantie qui caractérise les services des conseillers privés, plus ou moins capables, souvent plus ou moins honnêtes, toujours irresponsables, et qui, ne risquant rien, préfèrent ne pas contrarier les fondateurs, pour ne pas perdre une clientèle.

(2) Le rôle du notaire comme mandataire à la constitution est légale en ce sens que le notaire mandataire agit conformément à la loi. Il sort cependant de la mission spéciale assignée au notaire par la loi dans la constitution des Sociétés par actions.

dacteur des statuts et de l'acte de déclaration de souscription et de versement, intervient fréquemment, nous pourrions dire presque toujours, comme mandataire ou comme gérant d'affaires des parties à la constitution.

Il veille à ce titre à ce que soient accomplies les diverses formalités suivantes : formalités constitutives et de publicité légale, de signification et de subrogation dans des transports de créance (1) d'enregistrement à la préfecture du département de l'acte de société, lorsqu'il contient apport d'un brevet d'invention, de déclaration d'existence au bureau d'enregistrement du siège social (2), d'enregistrement

(1) Par exemple, la signification de l'acte de société au débiteur ou l'acceptation par ce dernier au cas d'apport d'une créance (Art. 1690 C. c).

(2) La société est astreinte, lors de sa constitution, ou par la suite lors de toute augmentation de capital, à faire dans le mois de la constitution définitive ou de l'augmentation du capital, une *déclaration d'existence* au bureau de l'enregistrement du siège social, à Paris au « Bureau des Sociétés » de l'administration de l'enregistrement, 13, rue de la Banque. Cette déclaration qui est signée, par le gérant de la commandite par actions, par un membre du conseil d'administration désigné à cet effet pour la Société anonyme, énonce : 1° l'objet, le siège et la durée de la Société ou de l'entreprise ; 2° la date de l'acte constitutif et celle de l'enregistrement de cet acte ; 3° les noms des directeurs ou gérants ; 4° le nombre et le montant des titres émis, en distinguant les actions des obligations, et les titres nominatifs des titres au porteur (décret du 17 juillet 1857, Art. 1^{er}). Elle doit être accompagnée : 1° d'un exemplaire des statuts imprimés ou manuscrits ; 2° d'un exemplaire du journal contenant l'in-

de l'exemplaire du journal justificatif de l'insertion légale, d'insertion au bulletin des annonces légales obligatoires de la notice prévue par la loi du 30 janvier 1907, d'immatriculation au registre du commerce, etc...., le tout dans les délais fixés par la loi.

Le notaire agit alors comme mandataire, soit en vertu d'un mandat exprès, soit plutôt comme mandataire tacite des fondateurs qui l'ont chargé, lors de la rédaction des statuts ou de l'acte de souscription et de versement, ou lors du dépôt des statuts sous seings privés au rang de ses minutes, de faire le nécessaire pour que la société soit régulièrement constituée. C'est sur lui, qu'en fait, repose la régularité de la constitution, c'est-à-dire l'avenir même de la société. Le même rôle peut être tenu par un homme d'affaires privé, mais nous préférons pour les raisons précédemment indiquées, recourir au ministère du notaire (1).

Monsieur Pic dit que l'intervention des mandataires conseils des fondateurs à la constitution que « leur intervention peut être très utile, leur compétence juridique ou technique permettant d'éviter ces

sertion légale ; 3° d'une copie sur papier libre de la délibération de la 2me assemblée générale constitutive fixant la date de la constitution. Cette dernière pièce n'est pas exigée par la loi, mais en fait elle est presque toujours réclamée par les receveurs d'enregistrement.

(1) Supra, page 42, note 4. Le notaire réunit à l'expérience des affaires et la connaissance des textes légaux, les plus grandes chances de probité, du fait même des conditions d'admission à la profession.

erreurs ou ces omissions, qui, trop fréquemment vicient les sociétés par actions à l'origine. Mais quelque important que soit leur rôle en certains cas, notamment lorsqu'ils s'occupent activement de la constitution de la société dont ils ont rédigé les statuts et de la tenue régulière des Assemblées constitutives, ils n'en demeurent pas moins de simples mandataires ; leur responsabilité, s'il y a lieu, devra donc s'apprécier d'après les règles ordinaires du mandat. » (1)

SECTION III

Responsabilité du notaire.

La responsabilité du notaire à l'occasion de la constitution des sociétés par actions ne se distingue pas de la responsabilité qu'il encourt, à raison des autres actes de son ministère.

Elle est seulement aggravée du fait que l'acte de société est plus compliqué et surtout du fait que le notaire est presque toujours chargé par les parties en qualité de mandataire exprès ou tacite du soin de constituer régulièrement la société ; les formalités constitutives étant nombreuses, complexes et toutes prescrites à peine de nullité, les fonctions de mandataire à la constitution sont rendues d'autant plus difficiles.

Le notaire peut être responsable :

(1) PIC, II, n° 828.

1° Pour avoir manqué aux devoirs de sa profession. C'est la responsabilité professionnelle du notaire ;

2° Pour s'être mal acquitté de certaines fonctions dont il était chargé bien qu'elles ne rentrent pas spécialement dans ses attributions professionnelles. C'est la responsabilité extra-professionnelle du notaire.

Responsabilité professionnelle.

La responsabilité professionnelle du notaire peut résulter :

1° D'une violation des devoirs généraux.

Exemples : Le notaire a inséré aux statuts en connaissance de cause des conventions illicites ou frauduleuses, n'a pas rempli ou a rempli tardivement les formalités d'enregistrement ;

2° De l'inexécution des prescriptions établies pour la réception des actes.

Exemples : Le notaire répond dans tous les cas de nullités dues à un vice de forme, il répond en principe de l'incapacité des témoins qui l'assistent, de l'identité des témoins certificateurs (1). Il ne saurait répondre par exemple des nullités qui tiennent au fond du droit, sauf le cas de faute inexcusable de sa part, s'il s'est trompé « sur des points de droit, qu'il devait connaître et qui ne sont d'aucun doute et d'au-

(1) Cass., 22 juillet 1924 ; Dalloz, rec. hebdomadaire de jurisprudence, 1924, p. 540.

cune controverse » (Amiaud. Responsabilité des notaires).

Nous parlons intentionnellement de faute *inexcusable*, car la responsabilité *professionnelle* du notaire nous semble soumise à la combinaison des art. 1382 et suivants du Code civil qui ont une portée générale, avec l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI. En l'absence de textes spéciaux qui traitent de l'importante matière de la responsabilité notariale, il est très vraisemblable d'attribuer au législateur le raisonnement suivant : Les notaires sont, en principe, pour leur responsabilité professionnelle, soumis au droit commun. Cependant comme l'application rigoureuse du droit commun rendrait impossible la profession notariale, par suite de la multiplicité et de la complexité des affaires dont les notaires sont chargés, le juge du fait pourra, s'il le juge à propos, excuser le notaire contrevenant (sauf s'il y a lieu, des dommages-intérêts contre le notaire contrevenant, est-il dit en l'Art. 68 de la loi de ventôse).

La jurisprudence n'use pas ou peu du tempérament de l'Art. 68, elle préfère appliquer purement et simplement aux notaires l'Art. 1382 du C. c. Nous croyons qu'elle commet une erreur, comme nous croyons que commettent une erreur, les auteurs qui voient dans le seul article de la loi de ventôse le fondement de la responsabilité professionnelle des notaires. Il semble que la vérité soit intermédiaire à ces deux conceptions extrêmes :

D'une part, en effet,

La jurisprudence est trop sévère puisque le législateur conseille dans l'Art. 68, au magistrat qui n'en tient pas compte, de prononcer des dommages-intérêts « s'il y a lieu » *par conséquent* si le notaire lui paraît inexcusable.

D'autre part,

Il est difficile de voir dans l'Art. 68 la base de la responsabilité notariale parce qu'il ne ressort pas de sa lecture que ce texte ait une portée générale ; l'art. 68 se borne à énoncer une série de nullités, et ajoute qu'il *pourra* être prononcé des dommages-inérêts contre le notaire contrevenant. Or, il n'est pas douteux que la série des nullités énumérées est énonciatrice et non pas limitative : toutes se rapportent à un vice de forme, nulle part il n'est question des vices de droit, du dol ou de la mauvaise foi du notaire, et il est non moins certain que le notaire répond des erreurs de droit grossières, sur les questions non douteuses, qu'il a pu commettre, de même qu'il répond de son dol ou de la mauvaise foi.

3° D'après la jurisprudence, des conseils préjudiciables qu'il a pu donner à ses clients (1).

(1) Comme nous l'avons dit précédemment nous préférons voir dans les conseils donnés par le notaire une source de responsabilité extra professionnelle. La responsabilité du notaire peut-être engagée par les conseils qu'il donne à ses clients s'il a reçu d'eux un mandat déterminé ou bien en dehors de tout mandat, *s'il a agi avec mauvaise foi*.

C'est en cette qualité surtout et aussi en la qualité de mandataire des parties que la responsabilité des notaires est mise à la plus rude épreuve.

Il est admis que le conseil désintéressé donné par un notaire, en dehors de tout acte reçu par lui ne peut engager sa responsabilité. Mais que décider si le notaire conseiller est en même temps le rédacteur de l'acte, annulé par la suite, qui établit les conventions des parties ?

La majorité des auteurs estime que dans ce cas, comme dans le cas précédent, le notaire qui n'a pas reçu mandat remplit seulement un *devoir moral* et qu'il ne peut être rendu responsable pécuniairement de la nullité prononcée, s'il n'y a pas eu faute grossière ou fraude de sa part (1).

La jurisprudence, au contraire, depuis un jugement célèbre du tribunal de Soissons du 13 mai 1857, dont nous rapportons ci-après les motifs, confirmé par arrêt de la Cour d'Amiens du 24 novembre suivant, et par la Cour de Cassation le 3 août 1858, considère que le notaire est tenu de par sa profession (devoir

(1) AMIAUD. *Traité formulaire du notariat*. « Il faut décider, dit l'auteur, qu'en principe, et en dehors de toute question de mandat, les conseils donnés par le notaire ne peuvent l'engager qu'autant que l'officier public a joint à son avis une pression quelconque, ou que le conseil constitue une faute grossière ou qu'on établit qu'il est le résultat du dol ou de la mauvaise foi. » (Notaires, responsabilité, n° 161).

professionnel) de renseigner ses clients, pousse très loin cette notion et le rend volontiers responsable de fautes excusables ou légères. Elle ne tient aucun compte du tempérament que l'Art. 68 de la loi de ventôse apporte au droit commun en faveur des notaires. L'affaire a-t-elle mal tourné? Il faut un responsable. Les parties s'en prennent au notaire dont bien souvent elles n'ont pas suivi ou ont mal suivi les conseils. Naturellement elles ne songent pas un instant que la faute leur soit imputable. et dans nombre de cas douteux la jurisprudence leur donne raison. « La loi défend formellement aux notaires de se porter garants ou cautions, de s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère, et la jurisprudence leur impose ce que la loi prohibe ! Elle les rend responsables, a dit M. Pont, de tous les mécomptes de leurs clients ! » (1).

Il est naturel que le notaire réponde des nullités de forme ou même de droit sur des questions qui ne sont pas douteuses, qu'il est impardonnable d'ignorer, car il doit avant tout connaître son métier. Il n'est pas douteux non plus que dans l'esprit du législateur et bien qu'il n'en soit pas parlé dans la loi, le notaire doit conseiller les parties (Supra, le notaire est le conseil moral des parties). mais nous pensons qu'il est exagéré de le rendre responsable de questions ju-

(1) AMIAUD, *op. cit.*, Notaires. Responsabilités.

ridiques controversées (1), de conseils imprudents mais excusables (2), de fautes légères (3) et même de n'avoir donné aucun conseil.

Le notaire qui conseille ses clients leur rend un

(1) Cass., ch. civ., 2 janvier 1924. Mainlevé sans paiement d'une hypothèque consentie au contrat de mariage en garantie de paiement de la dot. Nullité de la mainlevé qui modifie les conventions matrimoniales. Responsabilité du notaire et du conservateur. Un jugement fortement motivé du tribunal civil de Grenoble du 4 juin 1913, avait cependant dégagé, dans les mêmes circonstances, la responsabilité du notaire. z

(2) Lyon, arrêt du 1^{er} décembre 1908 et Cass. reg. 16 février 1910. Le notaire conseil des parties, a été déclaré responsable de l'insuffisance du remploi dotal accepté par la femme alors que les tiers étaient déclarés irresponsables dans les mêmes circonstances par le contrat de mariage. Toulon, 30 juin 1869. Aix, 28 avril 1870 ; Cass. 2 avril 1872; Toulouse, 26 juin 1895 ; Nîmes, 10 juillet 1897. Le notaire a été déclaré responsable vis-à-vis de l'acquéreur d'immeubles grevés d'inscriptions hypothécaires, qui a voulu payer son prix comptant malgré un premier refus du notaire de passer l'acte, sur l'insistance de l'acheteur, malgré les explications du notaire consignées dans l'acte même et que les juges ont déclarés inopérantes.

(3) Trib. Lyon, 4 mai 1921, confirmé C. Lyon, 22 novembre 1922. Réquisition erronée d'état d'inscription hypothécaire et renseignements incomplets. Le notaire est responsable des fausses déclarations d'état civil faites par le vendeur ou l'apporteur. Cass. 13 mars 1922. Transaction intéressant les mineurs. Exécution par le notaire d'une décision homologuée par le tribunal, sans avoir vérifié l'observation des prescriptions légales (Art. 467, C. civ.). Il semble qu'avant le notaire, le tribunal et même le Parquet devaient avant d'accorder l'homologation requise s'assurer que les formalités prescrites avaient bien été observées.

service. La jurisprudence n'est pas fondée à se baser sur un service rendu pour en tirer une obligation à la charge de celui qui a rendu service. Une obligation ne peut résulter que de la convention ou de la loi : Or, le notaire qui a donné un conseil à ses clients n'a pas entendu s'engager. S'il avait su aboutir à un pareil résultat, il ne l'aurait certainement pas fait, et nulle part, la loi n'a dit que le notaire était responsable des conseils qu'il donnait. Le notaire conseil agit non pas comme notaire, mais comme un simple particulier, et il ne vient à l'idée de personne d'affirmer qu'un particulier est tenu vis à vis d'un autre pour lui avoir donné conseil. Le conseil est donné pour ce qu'il vaut, libre à celui qu'il intéresse de l'utiliser ou de ne pas l'utiliser, et puisque aucun texte de loi n'a spécifié qu'à cet égard il serait fait exception pour les conseils des notaires, il est absolument arbitraire de la part de la jurisprudence de rendre ces officiers ministériels garants des conseils qu'ils peuvent être appelés à donner, *du moment où les conseils ont été fournis de bonne foi*. L'attitude de la jurisprudence, si elle persiste à charger la responsabilité des notaires, selon son bon plaisir, au mépris des textes légaux, aura pour seul résultat de décourager les bonnes volontés et de supprimer toute initiative chez les notaires qui craindront d'engager leur responsabilité, sans aucun profit pour eux, puisque leurs conseils sont donnés gra-

tis pro Déo, à titre gracieux, uniquement pour rendre service à leurs clients (1).

La responsabilité du notaire, si l'on ne veut rendre impossible l'exercice du notariat, ne peut résulter que d'une faute inexcusable : faute personnelle (2) faute lourde (3), ou dol du notaire. Tel est l'esprit de la loi organique du 25 ventôse au XI lorsqu'elle stipule en son art. 68 que les notaires *peuvent* encourir *s'il y a lieu* des dommages-intérêts à raison de certaines nullités de forme, (contraventions aux dispositions des Art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67) commises dans les actes qu'ils dressent. L'Art. 68 ne parle que de nullité encourue pour vice de forme (4), par conséquent pour incapacité ou faute lourde du notaire rédacteur, encore a-t-il soin d'ajouter que, même dans ce cas — s'il y a lieu est-il dit, les tribunaux jouiront d'un pouvoir d'appréciation pour excuser le notaire qui a fauté (5). Il n'est fait au-

(1) Nous voyons couramment les agents d'affaires, sans encourir aucune responsabilité, prendre des sommes exagérées pour des consultations juridiques : l'un d'eux notamment a exigé 1000 fr. pour une seule consultation concernant la vente d'un fonds de commerce d'un prix modique.

(2) Toulouse, 24 mars 1879.

(3) Besançon, 26 mars 1870.

(4) Il faut ajouter dans certains cas les vices de fond. Le notariat, nous l'avons vu, a évolué, le notaire moderne n'est plus un simple scribe, il doit connaître le droit et *il peut n'être pas excusable* d'avoir ignoré le texte juridique dont l'observation a vicié la convention.

(5) A plus forte raison la jurisprudence devrait-elle appliquer le tempérament de l'art. 68, c'est-à-dire tenir pour excusable les fautes légères.

que conseil des parties ou pour faute légère, une telle responsabilité ne se concevant que de la part d'un mandataire responsable dans les termes du droit commun (Art. 1382 et suivants C. c.) (1). Et nous touchons à la responsabilité extraprofessionnelle du notaire dont la jurisprudence actuelle fait un large usage. Une allusion à la responsabilité du notaire en tant

(1) En effet, dit M. Dalloz, si les notaires ont en tant que citoyens et comme tous les autres citoyens, soumis à la responsabilité générale des art. 1382 et 1383 C. Nap., il ne doit plus en être de même lorsqu'ils agissent en qualité d'officiers publics. Il serait trop dangereux d'étendre à la responsabilité spéciale à laquelle ils sont soumis par la nature de leurs fonctions, les règles générales et absolues du droit civil. Amenés à chaque instant du jour à intervenir dans les affaires privées, les notaires verraient leur existence sans cesse compromise s'ils devaient être déclarés responsables, sans limites, du préjudice que les actes passés devant eux pourraient causer à l'une ou à l'autre des parties. La loi ne peut exiger du notaire une attention sûre et soutenue que ne comporte pas la faiblesse humaine une connaissance approfondie de toutes les lois qui, de près ou de loin, doivent influencer sur les stipulations, un jugement toujours parfait sur des questions de droit dont les plus contestées aujourd'hui ne sont pas à l'abri d'une variation du lendemain, enfin une rédaction toujours claire et légale, contrairement aux difficultés communes du langage, et aux difficultés non moins grandes de la corrélation à établir entre les conventions et la loi. » (*Répertoire général de jurisprudence. V. Responsabilité des notaires, n° 304*). La jurisprudence appliquant purement et simplement les art. 1382 et suivants. C. civ. dans tous les cas, supprime toute différence entre le notaire mandataire de ses clients et le notaire non mandataire. Elle fait du notaire dans tous les cas le mandataire de ses clients, elle confond responsabilité professionnelle et responsabilité extraprofessionnelle.

b) Responsabilité extraprofessionnelle

Il est admis en principe par la majorité des auteurs (1) et aussi de la jurisprudence (2) que le notaire ne répond pas des formalités subséquentes aux actes qu'il reçoit. En conséquence, et sauf pour la formalité d'enregistrement que la loi a mise expressément à sa charge, le notaire ne saurait être rendu responsable de l'omission des formalités suivantes s'il n'en a été chargé par les parties : formalités constitutives des Sociétés par actions ; publication de la constitution sociale (3) ; transcription des actes de vente, de donation, d'échange ou de cession de fer-

(1) Les notaires, dit M. Planiol, ne sont pas chargés *en leur seule qualité*, de donner aux actes le complément d'exécution qu'ils comportent ; ils ne peuvent être tenus de veiller à l'accomplissement des formalités subséquentes, nécessaires pour la conservation des droits des parties, qu'en vertu d'un mandat spécial dont la preuve incombe à la partie qui l'invoque (Traité de droit civil, tome II, n° 153) et plus loin, sous le n° 224 du même traité, le même auteur ajoute : *l'obligation particulière de veiller aux intérêts de son client qui incombe au notaire n'est qu'une suite de sa qualité de mandataire*. Dans le même sens : Aubry et Rau, droit civil tome III p. 320 ; Paul Pont Petits Contrats, n° 804 ; Baudry-Lacantinerie, droit civil tome III n° 914, Amiaud, traité formulaire notariat, Notaires, responsabilité. N° 166.

(2) Cass. 14 juillet 1847, 14 février 1855, 1 9mars 1856, 22 février 1897 ; Lyon, 13 août 1862 ; Amiens, 29 janvier 1863 ; Paris, 20 février 1864 ; Seine, 24 avril 1863 ; Paris, 4 août 1873 ; Orléans, 18 janvier 1879 ; Toulouse 24 mars 1879 ; Seine, 22 vril 1881 ; Limoges, 2 décembre 1885 ; Montpellier 20 mai 1902.

(3) Bourg, 26 juin 1923, Dalloz, 1923. V. 13.

mages ; inscription au renouvellement d'inscription hypothécaire ou subrogation dans les transports de créances.

Mais si doctrine et jurisprudence n'admettent pas en principe l'existence du mandat *légal* des parties au notaire, la majorité de la jurisprudence tout au moins aboutit au même résultat par la facilité avec laquelle elle reconnaît à la charge du notaire, l'existence d'un mandat tacite ou de la gestion d'affaires.

Le mandat donné par les parties au notaire peut être exprès ou tacite, exprès, c'est-à-dire résulter d'une convention formelle intervenue entre le notaire et son client, une lettre par exemple (art. 1985 C. c., tacite, c'est-à-dire résulter des faits et circonstances qui indiquent l'intention chez le client de donner mandat à son notaire *qui a accepté*.

Aucune loi, n'a, jusqu'à présent, obligé le notaire français à accomplir de plein droit les formalités subséquentes aux actes qu'il reçoit. Qu'il soit exprès ou tacite, le mandat ne se présume pas (1), il doit toujours être prouvé par la partie qui l'invoque conformément au droit commun des contrats, c'est-à-dire, s'il s'agit de prouver l'existence d'un mandat exprès (Art. 1985 § 1^{er}, 1341 et suivants C.c.), que celle-ci devra prouver l'offre du mandant et l'acceptation du mandataire par écrit, au delà de 150 frs ou même par témoins ou présomption s'il existe dé-

(1) Cass, 29 juin 1852.

jà un commencement de preuve par écrit ; s'il s'agit d'un mandat tacite, à l'aide de circonstances suffisamment probantes pour permettre d'établir que le notaire a entendu accepter le mandat dont il était chargé (Art. 1985 § 2).

Les tribunaux ont quelque peu abusé des facilités que leur offrait l'art. 1985. Celui-ci a bien décidé en son paragraphe 2 que « l'acceptation du notaire pouvait n'être que tacite et *résulter de l'exécution qui lui avait été donnée* » encore faut-il qu'il y ait réellement exécution et que les faits qui l'impliquent ne puissent se comprendre autrement. Or la jurisprudence est très bienveillante pour admettre le commencement d'exécution, beaucoup trop même ; les relations habituelles de notaire à clients, la pratique locale du notariat (1) lui ont paru des indices suffisants, si bien qu'à peu près dans tous les cas, le notaire étant tenu par la nature même de ses fonctions de rester en rapport constant avec ses clients, est par elle reconnu mandataire tacite à défaut de mandat spécial.

D'ailleurs, faute de mandat exprès ou tacite, le notaire peut encore être déclaré responsable comme gérant d'affaires de son client, d'autant plus facilement que les témoignages ont toujours admis (Art. 1348 C. c.) et qu'il n'est plus nécessaire, comme pour le mandat, d'établir l'accord préalable des par-

(1) Bordeaux, arrêts 17 juillet 1877 et 27 janvier 1886 ;
Rochechouart, jugement du 9 août 1889.

ties, l'acceptation par le mandataire de l'offre du mandant. Il suffit pour qu'il y ait gestion d'affaires valable, que le notaire se soit immiscé *spontanément* dans les affaires de son client, qu'il ait commis un acte de gestion. On conçoit que la jurisprudence, qui avait su tirer le maximum de garanties en faveur des clients contre les notaires de la reconnaissance généralisée sinon toujours justifiée du mandat tacite ne pouvait pas ne pas utiliser dans le même sens la théorie de la gestion d'affaires quand même l'immiscion spontanée du notaire n'eût pas été toujours caractérisée (1).

Il en résulte *qu'en fait*, sinon en droit, et pour peu

(1) Paris, 13 janvier 1865, D. 65. 2. 142; S. 65. 2. 69 ; Douai 9 avril 1900, D P. 1901. 2. 1 ; — Certaines décisions en effet, confondant la gestion d'affaires, quasi contrat avec le mandat tacite, contrat, se basent sur de simples présomptions; les habitudes locales du notariat, ou la preuve testimoniale pour démontrer l'existence de l'obligation de gérer et son étendue. Or, l'obligation de gérer ne résulte pas d'une convention comme le mandat, mais d'un fait spontané, et c'est ce fait qu'il est permis de démontrer par tous les moyens. Pour établir la gestion d'affaires, le demandeur devra donc prouver : 1° Qu'il y a eu un acte de gestion ; 2° Que cet acte a été mal fait ; 3° Que le notaire l'a accompli sans en être chargé. Alors seulement la gestion d'affaires pourra être admise et elle le sera assez rarement, car « dans la réalité, dit avec raison M. Lefrançois, en dehors de leurs obligations professionnelles, les notaires ne font rien pour leurs clients, sans les en prévenir et sans qu'ils y consentent ». En admettant la gestion d'affaires sur de simples présomptions, au mépris des principes juridiques, la jurisprudence multiplie les cas de gestion d'affaires illégaux et met le notaire à la merci de clients peu scrupuleux.

que les juges y soient disposés, l'existence du mandat tacite de la partie au notaire ou la gestion d'affaires du notaire sont facilement reconnus. De là à admettre que le notaire est chargé d'un mandat légal, il n'y avait qu'un pas : il a été franchi par plusieurs décisions de justice qui ont décidé de rendre les notaires responsables *de plein droit* de l'inaccomplissement des formalités subséquentes des actes reçus par eux (1). Voici à titre d'indication, les motifs de la première et de la principale d'entre ces décisions dont la portée est considérable pour le notariat.

Tribunal de Soissons, 13 mai 1857, jugement confirmé par arrêt de la Cour d'Amiens le 24 novembre 1857 et par arrêt de la Cour d'Amiens, le 24 novembre 1857 et par arrêt de la Cour de Cassation le 3 août 1858 :

« Considérant que les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils rédigent ; — que, dans son esprit et d'après ses motifs mêmes,

« Considérant que les notaires n'ont pas seulement

(1) Cass. 21 juillet 1921 (*Gazette des Tribunaux*, 4 septembre 1921). Cass. req. 16 février 1910. Cass 18 uillet 1892, S. 92. 1. 215 ; Cass. 9 juillet 1891, D. 92. 1. 185 ; Douai 22 février 1901 s. 1903. 2. 138 ; Orléans, 14 mai 1886 (*Journal du Notaire*, 3879). Rennes, 21 juillet 1887 (Art. 33709 J. N.) ; Bruxelles, 16 juillet 1885 ; Liège, 31 janvier 1881 et 3 février 1887 (Rev. not. n° 7621) ; Vouziers, 30 avril 1884 (Art. 23226 J. N.) ; Toulouse 24 mars 1879 (Art. 22178 J. N.) ; Rennes 24 mai 1868 ; Soissons, 13 mai 1857 confirmé Amiens 24 novembre 1857 et Cass. 3 août 1858.

« pour mission de donner un caractère d'authenticité
« aux actes qu'ils rédigent ; — que dans son esprit,
« et d'après ses motifs mêmes, la loi qui les institue
« a entendu leur conférer un rôle plus digne et plus
« élevé, qu'elle les considère comme des conseils
« désintéressés des parties, aussi bien que comme
« des rédacteurs impartiaux de leurs volontés :
« comme les régulateurs des engagements qu'elles
« veulent contracter, chargés de faire connaître toute
« l'étendue des obligations qui en dérivent et de les
« rédiger avec clarté ; qu'ils remplissent une magis-
« trature et donnent par leur caractère une sanction
« pratique à toutes les lois (exposé des motifs de la
« loi du 25 ventôse an XI, et rapport au tribunal sur
« la même loi) ; — Que la doctrine et la jurispru-
« dence s'accordent à reconnaître que les notaires
« ont le devoir d'éclairer les parties sur ce qui peut
« les intéresser, dans les actes qu'elles passent de-
« vant eux, et de leur en faire comprendre la portée
« et les conséquences ; — Que dans cet ordre de de-
« voirs se rencontre en première ligne, pour le no-
« taire appelé à consacrer par un acte de son minis-
« tère un placement sur hypothèque, l'obligation de
« vérifier, pour les constater exactement et complè-
« tement dans le contrat, l'établissement de la pro-
« priété de l'immeuble offert en gage, l'origine et les
« conditions de cette propriété entre les mains de
« l'emprunteur, l'importance des charges qui peuvent
« la grever, tant du chef de celui-ci, que du chef des

« précédents propriétaires, et ce, d'après les docu-
« ments propres à cette vérification, soit qu'ils y aient
« été mis par les parties, soit qu'il les aient trouvés
« au nombre des archives dont le dépôt lui est con-
« fié. — *Considérant que cette obligation dérive de*
« *l'essence même des fonctions du notaire ; qu'elle est*
« *indépendante du mandat plus ou moins étendu que*
« *les parties ou l'une d'elle ont pu lui conférer pour*
« *la surveillance et la gestion de leurs intérêts ;*
« qu'elle est particulièrement étroite lorsque les con-
« tractants sont dans l'ignorance complète des affai-
« res, et que leur confiance en l'officier public est
« commandée par leur sexe et leur éducation, autant
« que par la loi elle-même qui les oblige de s'adresser
« à lui ; — Que s'il en était autrement, si ces fonc-
« tions devaient se réduire à une pratique matérielle,
« au rôle de rédacteur passif des conventions dont il
« dresse l'instrument authentique, l'esprit de la loi
« organique du notariat serait faussé ; les formules
« raisonnées que l'usage a introduites pour donner
« aux lois, suivant l'expression du tribun Favart, leur
« sanctions pratique ne seraient plus que des phrases
« vides de sens ; impuissantes à éclairer les parties
« sur la portée de leur engagement, et la solennelle
« entremise du notaire à la réfection du contrat de-
« viendrait un piège tendu à la bonne foi des parties.
« D'où il suit que si, par l'inaccomplissement des de-
« voirs professionnels ci-dessus définis et par la ré-
« daction vicieuse et incomplète d'un acte de son mi-

« nistère, il a causé un préjudice, le notaire doit en
« être responsable par application de ce principe gé-
« néral contenu en l'art. 1382 du Code civil que tout
« fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un
« dommage oblige celui par la faute duquel il est ar-
« rivé à le réparer. »

C'est l'attribution au notaire par la jurisprudence d'un mandat légal dont la loi n'a jamais parlé ; c'est rendre plus délicat l'exercice d'une profession déjà difficile, conséquences graves si l'on considère que par suite de la longueur et de la difficulté des études combinées avec la cherté de la vie, les carrières dites libérales sont de plus en plus délaissées au profit de situations plus faciles et plus lucratives, commerciales ou industrielles.

Que le notaire mandataire réponde de sa faute même légère en vertu des Art. 1382 et suivants du C. c., comme tout mandataire, rien n'est plus naturel, à la condition bien entendu qu'il ait accepté les fonctions de mandataire. Mais que la jurisprudence *lui impose* d'être le mandataire de ses clients en toutes circonstances et le rende responsable de fautes professionnelles en vertu des Art. 1382 et suivants du Code civil, constitue un abus de pouvoir dangereux pour le notariat et l'intérêt général ; les notaires, dans la crainte d'engager leur responsabilité, préférant s'abstenir de toute fonction officielle et se borner à remplir strictement le rôle officiel qui

leur a été assigné par la loi organique du notariat. Si la responsabilité extraprofessionnelle du notaire est régie par les Art. 1382 et suivants du C. c., la responsabilité professionnelle reste soumise à l'application combinée du droit commun et de la loi de ventôse Art. 68, ou bien alors où serait la différence de responsabilité encourue par le notaire mandataire des parties et le notaire qui n'est investi d'aucun mandat ? Car nous ne pouvons admettre que le notaire soit mandataire des parties en l'absence de toute convention ou d'un texte de loi, de plein droit, au gré de la jurisprudence qui, sous couleur d'appliquer la loi, la dénature.

Non pas que nous voulions limiter de parti pris la responsabilité du notaire. Nous croyons, au contraire, n'en déplaise à M. Chastenet, que l'importance des fonctions officieuses du notaire est considérable (1) et que puisqu'il intervient constamment

(1) La loi de ventôse, dit M. Planiol, ne donne qu'une idée très incomplète du rôle des notaires. *Ils ne sont pas seulement des rédacteurs d'actes, des espèces de scribes officiels ; ils ont pris tout naturellement une fonction très importante, celle de conseillers officieux des familles.* On suit leurs avis sur les questions de famille et d'argent ; mariages, successions, partages, placements de fonds, achat et vente de maisons et de terres, etc. Tout cela leur est familier, connu, et leur opinion a forcément un grand poids... institution essentiellement utile et qui jouit d'une considération justement méritée... Le ministère des notaires exige pour être bien rempli, une probité et une délicatesse au-dessus du soupçon, une grande expérience des affaires et une connaissance parfaite du droit. Droit civil, tome II. N° 140.

dans la vie privée des particuliers à titre de rédacteur de leurs conventions, de conseiller, de mandataire, de détenteur de pièces ou de gérant d'affaires, la meilleure garantie qu'on puisse leur offrir, le plus sûr obstacle à la fraude est de généraliser cette intervention en portant au maximum la responsabilité des notaires, — responsabilité garantie par leur cautionnement, c'est-à-dire en faisant d'eux en toutes circonstances importantes, notamment pour la constitution de sociétés par actions, les *mandataires légaux des parties*, mais des mandataires légaux véritables, reconnus et imposés par une loi qui délimite expressément leurs droits et leurs obligations, comme cela a lieu dans la plupart des législations voisines et ne les laisse plus soumis à l'arbitraire des tribunaux dont les décisions pour justement inspirées qu'elles soient, n'en varient pas moins avec l'opinion personnelle des magistrats qui les composent. Ainsi nous rentrerons dans la légalité. Il est nécessaire dans l'intérêt de tous, des notaires comme des particuliers, de faire cesser cette situation anormale du notaire qui, fort de son droit, puisqu'il estime n'avoir reçu aucun mandat de ses clients, est actionné par eux en justice et impitoyablement condamné par les tribunaux en vertu du mandat tacite ou de la gestion d'affaires qui ne sont, en réalité, qu'un mandat judiciaire.

Les notaires dont la situation se trouvera aggra-

vée par la reconnaissance du mandat légal, y gagneront cependant de voir consacrer officiellement un rôle des plus importants, mais jusqu'alors seulement officieux, peut-être aussi de voir s'accroître l'étendue de leur ministère, car il est fort possible que, satisfait des résultats obtenus, le législateur exige l'authenticité pour d'autres actes importants, tels que les ventes ou nantissements de fonds de commerce et les ventes d'immeubles supérieures à un certain chiffre. Contre les risques de responsabilité désormais considérables les notaires auront toujours la ressource de pouvoir s'assurer à l'une des nombreuses compagnies qui ne tarderont pas à se développer sous la poussée des besoins nouveaux.

Il existe déjà des compagnies d'assurances pour le notariat, notamment :

La « Mutuelle générale française », société d'assurances à primes limitées, dont le siège social est au Mans et qui stipule en l'Art. 1^{er} de la police que « l'Assurance a pour objet de garantir le notaire de la responsabilité encourue par suite des *erreurs de fait ou de droit*, des *omissions ou inexactitude* qu'il commettrait involontairement, à l'occasion des actes de son ministère, et des *formalités à remplir lors de la réception ou à la suite des actes* ». La Compagnie, moyennant le paiement d'une prime relativement faible, basée sur la valeur de l'étude, garantit le no-

taire jusqu'à concurrence des trois quarts du sinistre (Art. 6 de la police) *mais elle exclut* « *Ees responsabilités encourues par les notaires dans les opérations étrangères à leur profession, ou qui leur sont interdites par les lois, décret ou ordonnance, et dans les affaires de prêts ou autres où ils auraient agi comme negotiorum gestor* », et seraient déclarés *garants de la solvabilité des débiteurs, ou de la valeur du gage* ». (1)

La « Compagnie d'Assurance Hypothécaire » dont le siège social est à Paris, boulevard Montmartre, 8, à primes fixes et qui, comme son nom l'indique, garantit les notaires spécialement contre les risques des placements hypothécaires, que leur responsabilité soit engagée, « soit par suite de dépréciation du gage, soit par suite d'un cas de nullité du contrat résultant d'un vice de forme, émanant de l'omission de l'une des formalités substantielles prévues par la loi ». Cette compagnie, au contraire de la « Mutuelle du Mans », ne garantit pas seulement les risques notariaux, mais aussi ceux des particuliers qui prêtent sur hypothèque.

Les particuliers pourront s'en remettre entièrement à leur notaire du soin d'accomplir toutes les formalités complémentaires ou autres des actes qu'ils leur

(1) Sur les effets de l'assurance contractée par un notaire pour la responsabilité pouvant résulter des actes de sa profession, V. reg. 15 juillet 1908. D. p. 1908. 1. 336 ; Reg. 5 avril 1909, D. p. 1909. 1. 309 ; Paris, arrêt 24 mai 1917 et Cass. 3 janvier 1923.

auront confié. Ils y gagneront en sécurité, puisque se trouvera tarie la source la plus importante des procès qui naissent généralement de la rédaction défectueuse des conventions des parties.

Enfin l'intérêt général est particulièrement intéressé à ce que le notaire soit chargé d'un mandat légal pour assurer la régularité des transactions et surtout pour éviter les dissimulations considérables facilitées par l'usage de l'acte sous seings privés (1).

Le notaire responsable envers ses clients conformément au droit commun lorsqu'il est mandataire ou gérant d'affaires, répond également des dépôts de titres, valeurs ou espèces qui lui sont confiés.

(1) V. infra, Conclusions.

DEUXIÈME PARTIE

LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS EN DROIT COMPARÉ

Pour mieux comprendre le rôle du notaire à la constitution des Sociétés par actions, dans les principales législations étrangères, où toutes les opérations constitutives sont étroitement unies les unes aux autres et toutes solidaires, il nous semble indispensable de faire un exposé analytique sommaire des différentes phases de la constitution des Société par actions. Nous ne pouvons songer à réviser toutes les législations étrangères et nous bornerons notre étude à l'examen des législations belge, allemande, italienne et britannique qui sont les plus importantes et les plus voisines de la nôtre.

TITRE I *Droit belge.*

En Belgique, les Sociétés par actions sont régies par la loi fondamentale du 18 mai 1873 (1) modifiée par celles du 22 mai 1886 et du 25 mai 1913.

(1) Cette loi détermine actuellement encore le rôle du notaire à la constitution des Sociétés commerciales, rôle qui n'a pas été modifié par les lois suivantes.

Comme en France, les fondateurs belges peuvent utiliser les deux modes de la formation simultanée (constitution par comparution, art. 31), et de la formation successive (constitution par souscription, art. 32).

Comme en France également, les Sociétés par actions doivent pour être valablement constituées, observer les formalités suivantes :

1° Un nombre minimum de 7 associés dans la Société anonyme ;

2° La rédaction d'un acte constitutif ou statuts ;

3° La souscription intégrale du capital social ;

4° Un versement minimum à opérer sur le montant de chaque titre souscrit ;

5° Une déclaration des fondateurs que les deux conditions précédentes sont réalisées (1).

6° La réunion d'une Assemblée générale constitutive, d'actionnaires ;

7° La publication de la Société constituée (2).

Toutes ces formalités, à l'exception de la publicité bien entendu, sont effectuées en une seule fois avec le mode de la Constitution par comparution.

Elles s'échelonnent au contraire sur un certain

(1) La loi belge définit les fondateurs, pas la loi française. Sont considérés comme fondateurs en Belgique les comparants à l'acte de Société (art. 31 et 32 nouveaux, loi de 1873).

(2) Comme dans la plupart des législations étrangères, la législation belge exige outre la publication de la Société constituée, la publication des statuts à titre de projet avant toute souscription publique des titres (V. *Infra*).

temps qui forme la période constitutive si les fondateurs utilisent la fondation par souscription.

Les ressemblances sont donc nombreuses entre les législations françaises et belge; mêmes modes de constitution, mêmes formalités générales; l'armature de la constitution est sensiblement la même. Il existe cependant des différences importantes qui ne sont pas toutes à l'avantage de la loi française, tant s'en faut, ainsi que nous allons le constater.

Statuts. — 1° Les Sociétés par actions doivent être formées par des actes publics à peine de nullité (1).

L'art. 4 de la loi de 1873 dispose en effet :

« Les Sociétés en nom collectif, les Sociétés en commandite simple, et les Sociétés coopératives, sont à peine de nullité formées par des actes spéciaux, publics, ou sous signatures privées, en se conformant dans ce dernier cas à l'article 1325 du Code Civil. Il suffit de deux originaux pour les Sociétés coopératives.

« *Les Sociétés anonymes et les Sociétés en commandites par actions sont, à peine de nullité, formées par des actes publics.*

« Toutefois ces nullités ne peuvent être opposées aux tiers par les associés; entre les associés elles

(1) V. Législation française, pages 14, 15 et s.

n'opèrent qu'à dater de la demande tendant à les faire prononcer. »

De même l'art. 31 de la même loi relatif à la constitution par comparution :

« La société peut être constituée par un ou plusieurs *actes authentiques*, dans lesquels comparaissent tous les associés en personne ou par porteurs de *mandats authentiques ou privés*.

« Les comparants à ces actes seront considérés comme fondateurs à la société. Toutefois, si les actes désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants qui se bornent à souscrire des actions contre espèces sans recevoir directement ou indirectement aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs. »

Et l'art. 32 qui vise la constitution par souscription :

« La société peut ainsi être constituée au moyen de souscriptions.

« L'acte de société est préalablement dressé *en forme authentique* et publié à titre de projet. Les comparants à cet acte seront considérés comme fondateurs de la société. »

Les souscriptions doivent être faites en double et indiquer :

1° La date de l'acte de société publié à titre de projet et celle de sa publication ;

2° Les noms, prénoms, professions et domiciles des fondateurs ;

3° L'objet de la société, le capital social, et le nombre d'actions ;

4° Les énonciations exigées par l'art. 30 ;

5° Le versement sur chaque action du $\frac{1}{5}$ au moins (1) du montant de la souscription ou de l'engagement de faire ce versement au plus tard lors de la constitution définitive de la société. »

Ainsi le législateur belge exige en toute circonstance que les Sociétés par actions soient formées par acte authentique ou public, c'est-à-dire *par devant notaire* (2). Un exploit d'huissier ne saurait pour la constitution d'une Société par actions, suppléer à l'absence d'acte notarié. De même, un jugement ne pourrait former semblable société que si elle était déjà constatée par un acte spécial antérieur et en-

(1) C'est la loi du 25 mai 1913 qui a exigé le versement du cinquième. Auparavant, l'art. 31 de la loi de 1873 qui correspondait à l'art. 32 actuel (loi de 1873 réformée) n'exigeait qu'un versement du $\frac{1}{10}$ sur le montant nominal de chaque titre.

(2) Contrairement à la majorité des auteurs français et belges, qui assimilent à l'acte authentique l'acte sous seings privés déposé pour minute en l'étude d'un notaire, MM. Nyssens et Corbiau se basant sur les termes de l'art. 4, de la loi de 1873, qui exige que les sociétés par actions *soient formées par des actes publics* dément au dépôt pour minute le pouvoir de conférer l'authenticité. Les Sociétés par actions devront selon ces auteurs être formées par des actes publics, solution logique si l'on considère que le notaire belge joue un rôle effectif important à la constitution en qualité de mandataire légal.

core serait-ce toujours cet acte qui lui donnerait naissance (1).

Prenant le contre-pied du législateur français qui, en 1867, supprime l'article 40 du Code de Commerce, le législateur belge étend au contraire, aux Sociétés en commandite par actions l'authenticité exigée par cet article des seules sociétés anonymes. Il estime que le ministère du notaire imposé par la loi pour acter les conventions les plus importantes de la vie juridique : contrat de mariage, donations, constitutions d'hypothèques, etc... est encore plus utile lorsqu'il s'agit d'établir les statuts d'une grande société par actions, beaucoup plus compliqués, et il s'étonne justement de l'inconséquence du législateur français « qui ne dispense de l'authenticité le premier stade de la constitution — statuts — que pour y astreindre les dernières formalités destinées à rendre celle-ci définitive (annexion à la déclaration notariée de l'un des originaux des statuts sous seing privé) (2).

(1) Nysens et Corbiau : Traité des Sociétés commerciales N° 396.

(2) Corbiau : De la réforme de la législation belge en matière de constitution de Sociétés anonymes. Rev. prat. des Stés 1903 N° 1474.

MM. Nyssens et Corbiau s'expriment également en termes peu flatteurs sur l'assimilation par le législateur français des Sociétés par actions aux autres Sociétés commerciales. « C'est à notre avis, disent-ils, une innovation peu heureuse et qui a d'ailleurs soulevé les critiques de la doctrine française. Pont t. II, N° 1119 ; Lyon, Caen et Renault, t. II, N° 681 » Nyssens et Corbiau N° 384.

L'acte authentique pour les sociétés par actions de même que l'écrit qu'il soit authentique ou privé pour les autres sociétés, sont, en Belgique, des conditions substantielles de la constitution dont le défaut entraîne la nullité absolue de la société (1). En conséquence, l'acte authentique nul qui vaut en France comme acte sous seing privé ne peut rendre en Belgique le même service qu'en France qui concerne les sociétés autres que celles par actions.

La rédaction notariée des statuts constitue à notre avis un premier avantage de la loi belge sur la loi française.

2° *Les statuts sont réglementés et doivent contenir certaines mentions jugées essentielles* (art. 30, loi 1873 réformée par loi 25 mai 1913) (2).

Notamment :

« 1° La spécification de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, les conditions auxquelles il est fait, et le nom de l'apporteur ;

« 2° Les mutations à titre onéreux dont les immeubles apportés à la Société ont été l'objet pendant les 5 années précédentes, ainsi que les conditions auxquelles elles ont été faites ;

(1) Nous avons vu qu'en France les avis sont partagés sur la question de savoir si l'écrit est exigé *ad solemnitatem* ou seulement *ad probationem* discussion purement théorique du reste, puisque, quel que soit le parti adopté, la Société commerciale non constatée par écrit, n'en est pas moins nulle, faute de pouvoir être publiée.

(2) *Supra*. Législation française.

« 3° Les charges hypothécaires grévant les biens apportés ;

« 4° Les conditions auxquelles est subordonnée la réalisation des droits apportés en option ;

« 5° La cause et la consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs ;

« 6° Le montant au moins approximatif, des frais, dépenses, rémunérations, ou charges sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge à raison de sa constitution.

« Les procurations doivent mentionner les diverses énonciations qui précèdent. »

3° En cas de constitution par comparution, l'art. 31 permet de constituer la Société par un ou plusieurs actes authentiques dans lesquels comparaissent les associés en personne ou par porteurs de mandats authentiques ou privés.

Au cas de formation par comparution, comme en France, au cas de formation simultanée, les fondateurs décidés à constituer entre eux seuls la future société, établissent un projet de statuts, qu'ils discutent, puis, l'accord réalisé sur le texte, et après s'être réparti la totalité des actions et avoir effectué les versements prescrits, ils se rendent au jour convenu chez le notaire qui établit l'acte en forme authentique, le signe, et le fait signer par tous les comparants. Les sommes versées lui sont exhibées, et, immédiatement après, toujours en présence du notaire, est

tenue la première Assemblée des actionnaires qui nomme les administrateurs et commissaires s'ils n'ont pas été désignés dans les statuts, fixe leurs émoluments, vérifie la déclaration relative à la souscription du capital social et au versement (1) et déclare la société constituée. A part cette déclaration expresse de constitution tacite en France, où elle résulte suffisamment des délibérations de l'Assemblée générale, les formalités sont les mêmes.

Le contrat de Société a été rédigé en un seul acte authentique et les formalités accomplies en une seule séance, mais la loi belge prévoit également le cas où l'une quelconque des conditions nécessaires à la perfection du contrat social viendrait à manquer soit que le nombre de 7 associés exigé par la loi ne soit pas atteint dans la société anonyme, soit que le capital social ne soit pas, tout d'abord, intégralement souscrit ou que le versement légal prescrit ne soit pas effectué ; elle permet alors de passer un ou plusieurs

(1) La déclaration relative à la souscription du capital social et au versement du cinquième n'a plus sa raison d'être si le capital social est composé uniquement des apports en nature des associés. Elle est, au contraire, obligatoire pour peu qu'une action numéraire ait été soucrite, et un versement effectué, même au cas de constitution par comparution ? Nous avons vu, qu'en France, un désaccord existait à ce sujet entre doctrine et jurisprudence; la première exigeant comme en Belgique la déclaration pour peu qu'une fraction du capital ait été souscrite en numéraire, la deuxième admettant qu'elle n'est pas indispensable avec la formation simultanée, qu'il y ait ou non souscription suivie de versement.

actes authentiques provisoires où la souscription du capital social, le versement du 1/5 sont promis, où 6 contractants annoncent le concours d'un 7^e, où l'un des signataires se porte fort. Tout cela constitue un commencement dont l'acte définitif clôturera les projets ; c'est à partir de cet acte définitif que l'art. 10 fait courir le délai de quinzaine dans lequel devra être effectuée la publicité légale (1).

Cette faculté pour les fondateurs d'utiliser un seul acte authentique ou plusieurs à leur choix, et selon les circonstances est une excellente mesure qui leur permet de surmonter des difficultés momentanées et de poursuivre la constitution de la Société. On ne trouve rien de pareil dans la législation française qui suppose toujours un seul acte de Société authentique ou privé. En Belgique, le ou les actes constitutifs seront toujours authentiques.

Par contre, la loi française, ou plutôt la jurisprudence française, la loi étant muette sur la question, marque un léger avantage sur la loi belge qui permet aux mandataires de représenter leurs mandants à la signature de l'acte authentique constitutif en vertu d'un simple mandat privé (art. 31). La procuration étant le principe de l'acte, et s'identifiant essentiellement avec lui, dit Merlin, ne peut pas être faite sous seing privé, alors que l'acte lui-même ne peut être fait qu'en forme authentique (2). La jurisprudence fran-

(1) Guillery, t. II, N° 516 et suivants.

(2) Dans le même sens Guillery, t. II, N° 516 et suivants.

gaise plus logique, adopte le principe du mandat authentique obligatoire pour figurer à un acte authentique.

4^e *Au cas de constitution par souscription l'acte de société est préalablement dressé en forme authentique et publié à titre de projet* (art. 32) (1).

Cette publication des statuts ou d'un extrait des statuts préalablement à toute souscription publique est une institution d'origine britannique (prospectus). La législation britannique, est, en effet, hostile, *en principe*, à toute réglementation dans la constitution des sociétés par actions (2). Elle laisse les parties juges des circonstances et seules chargée de la défense de leurs intérêts, pourvu qu'elles soient renseignées par une large publicité préventive, et elle établit à cet effet une réglementation minutieuse du prospectus que les fondateurs doivent publier avant l'émis-

(1) La publication d'un prospectus préalable n'est pas obligatoire quand les fondateurs souscrivent eux-mêmes toutes les actions. Cependant depuis la loi du 25 mai 1913, l'exposition, l'offre et la vente publique des titres ou parts bénéficiaires doivent être précédées de la publication aux annexes du moniteur d'une « notice » imitée des lois anglaise et française (30 janvier 1907) contenant, en outre, des indications primitivement exigées dans l'acte de Société, les renseignements sur l'objet de la Société, son capital, le dernier bilan, et la composition du conseil d'Administration et de surveillance (art. 36). Les prospectus et circulaires doivent reproduire le texte de la notice de même les souscriptions, les affiches et insertions dans les journaux (art. 37).

(2) Nous verrons par la suite qu'elle évolue cependant vers la réglementation.

sion. La Belgique, qui a reconnu l'utilité du prospectus a, la première sur le continent, adopté l'institution britannique. Elle a été imitée depuis par l'Allemagne, l'Italie, et même la France, en son projet de loi de 1884:

La publication du texte des statuts à titre de prospectus avant la souscription publique, empêche les fondateurs de modifier les statuts publiés après la souscription et, combinée avec la réglementation du bulletin de souscription, elle constitue une mesure préventive sérieuse contre les majorations d'apports, et l'attribution d'avantages particuliers exagérés. Elle est la seule protection admise par la loi belge qui estime inefficace la vérification par l'Assemblée générale des actionnaires pour lutter contre ces deux gros vices de constitution.

Le projet de loi français adopté par le Sénat dans ses séances des 31 octobre et 29 novembre 1884 exigeait (art. 64) lui aussi au cas de formation par souscription publique, la publication du projet des statuts, dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription, dans un recueil qu'il avait créé spécialement pour recevoir la publication des actes et délibérations des Sociétés par actions. Ce recueil appelé d'abord « Bulletin annexe au *Journal Officiel* » est devenu le « Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des Sociétés financières ». La réforme était bonne, mais elle échoua avec l'ensemble du projet qui fut repoussé par la Chambre comme étant trop

rigoureux. Actuellement, en France, les statuts qui ne sont pas publiés avant la souscription publique, ne forment jusqu'à la constitution définitive de la société, c'est-à-dire jusqu'au vote de l'Assemblée constitutive, qu'un simple projet modifiable au gré des fondateurs. C'est une grosse lacune de notre législation sur les Sociétés par actions (1).

La loi belge ne fixe aucun délai pour publier le prospectus. Il suffit que la publication soit antérieure à la souscription. Cependant cette publication n'ayant d'effet que cinq jours après la date de l'insertion, au moniteur, elle devra être effectuée cinq jours au moins la souscription publique. Le notaire qui, nous le verrons au chapitre de la publicité, est chargé par la loi belge d'effectuer la publicité légale sous sa responsabilité, n'engage pas cette responsabilité s'il n'a

(1) Cependant contre la publication préalable à la souscription publiée du texte des statuts au Bulletin des annonces légales obligatoires, voir le rapport de M^e Paul Maria, notaire à Marseille au 16^{me} Congrès des notaires de France (1906) page 9. L'utilité d'une telle publication, semble à l'auteur plus théorique que pratique, il lui reproche d'être compliquée et coûteuse. « Au lieu d'une telle publication, dit-il, dont l'avantage serait illusoire, ne serait-il pas plus sage de prescrire que les statuts seront établis et arrêtés avant tout appel au public et que le bulletin de souscription mentionnera seulement l'indication du notaire chez qui les statuts auront été établis ou déposés ? De cette manière les souscripteurs auraient toute facilité pour consulter ce document et il ne serait plus possible aux fondateurs d'y apporter aucune modification jusqu'au jour de l'Assemblée générale constitutive qui, seule, aurait pouvoir de le réviser ».

pas publié d'office l'acte-projet établi par lui. Il ne doit faire opérer la publication qu'à la demande de ceux qui y sont intervenus.

L'acte-projet belge est toujours un acte authentique.

Notons, pour terminer avec les statuts des Sociétés par actions belges, que comme acte authentique ils sont soumis aux mêmes conditions de validité que les statuts authentiques des Sociétés par actions françaises : conditions de forme, de compétence et de capacité.

Souscriptions. — I° Le Bulletin de souscription est rédigé en double exemplaire.

Le texte des statuts élaboré et publié, il est passé à la souscription des titres (formation par souscription publique).

La loi belge n'exige pas pour le contrat de souscription qui contient l'adhésion du souscripteur aux statuts, qu'il soit rédigé en forme authentique, comme l'acte de Société lui-même. L'acte sous signatures privées suffit, mais il doit être rédigé en double exemplaire, conformément au droit commun afin de procurer à chacune des parties intéressées la preuve des obligations assumées par l'autre .

II° Le Bulletin de souscription est réglementé quant au contenu.

Il doit contenir les mentions prescrites par l'article 32 savoir :

1° La date de l'acte de Société publié à titre de projet et celle de sa publication ;

2° Les nom, prénoms, profession, et domicile des fondateurs ;

3° L'objet de la Société, le capital social et le nombre d'actions ;

4° Les énonciations exigées par l'article 30 ;

5° Le versement sur chaque action du cinquième au moins du montant de la souscription ou de l'engagement de faire ce versement au plus tard lors de la constitution définitive de la Société.

L'absence ou la fausseté des mentions précédentes au bulletin de souscription, entraîne la responsabilité des fondateurs envers les intéressés, mais non la nullité de la Société.

La réglementation du bulletin de souscription complète heureusement la garantie offerte au public par la publication du prospectus. Nombre des souscripteurs par excès de confiance, insouciance ou même inertie, pour ne pas se déranger, négligeront de consulter le prospectus. Ils seront obligés par le fait même de la souscription, en apposant leur signature sur le bulletin, de lire les quelques lignes qu'il contient, ils auront ainsi, presque malgré eux, au moins une idée de l'entreprise à laquelle ils déclarent adhérer. Prospectus et bulletin sont deux systèmes complémentaires de la publicité préalable destinée à protéger le public. Le premier est plus détaillé mais passe souvent inaperçu, il est aussi plus coûteux, le deuxième

est plus simple ; il n'est souvent qu'un extrait du prospectus et s'impose à l'attention du souscripteur. Une publicité préalable complète, combine les deux systèmes ; ainsi font les publicités belge, allemande, italienne, britannique, et même la publicité organisée en France par le projet de loi de 1884. Pourtant, s'il fallait choisir, nos préférences iraient au bulletin de souscription réglementée qui force l'attention.

La loi française de 1867 ne dit rien du bulletin de souscription qui pourra être établi en unique exemplaire sans aucune mention. La preuve de la souscription pourra même, conformément aux règles du droit commercial, résulter de la correspondance, de témoignages ou même de simples présomptions comme le fait d'assister à l'Assemblée générale constitutive (1).

Une tentative faite en 1884 pour introduire en France avec l'institution du prospectus celle complémentaire du bulletin de souscription réglementé, a été repoussée par la Chambre avec l'ensemble du projet.

Versements. — La loi belge du 18 mai 1873 exigeait qu'il fût effectué, lors de la souscription ou au plus tard lors de la constitution, un versement initial de un dixième sur le montant nominal de chaque titre destiné : 1° à procurer à la Société naissante le fonds de roulement indispensable aux premières opérations ; 2° à écarter les souscripteurs insolubles ;

(1) Lyon, Caen et Renault, t. II N° 687 ; Houpin, t. 1 N° 372.

3° à servir de gage pour assurer l'accomplissement des obligations ultérieures des actionnaires.

Ce versement a été porté au cinquième par la loi du 25 mai 1913. Il se rapproche ainsi du versement exigé par la loi française (1/4 du montant nominal).

Déclaration des fondateurs que toutes les actions ont été souscrites et le versement légal opéré.

— Comme en France, les fondateurs doivent déclarer avec pièces à l'appui que les conditions de fonds, de souscription et de versement, prescrites par la loi, ont bien été observées et cette déclaration est vérifiée par l'Assemblée générale constitutive des actionnaires.

Mais si déclaration et vérification sont analogues au fond dans les deux pays, elles suivent des règles d'application sensiblement différentes. C'est principalement à l'occasion de cette formalité qu'apparaît l'ingéniosité du système belge : il a fait des formalités nettement séparées du droit français (statuts, déclaration des fondateurs, vérification par l'Assemblée constitutive, établissement de procès-verbaux des délibérations) une série d'opérations étroitement unies les unes aux autres dont chacune forme une partie du tout qui trouve sa perfection dans la constitution finale de la Société, avec l'établissement en forme authentique du procès-verbal de délibération d'Assemblée générale constitutive. Ce procès-verbal est en même temps l'acte constitutif définitif de la Société.

En Belgique la déclaration des fondateurs, sa constatation et sa vérification participent des attributions de l'Assemblée constiutive qui clôt les opérations de la fondation (V. chap. suivant : Assemblée générale constitutive).

Assemblée générale constitutive. — Attributions : Après la signature de l'acte de société, et dans la même séance, au cas de formation par comparution : après la publication du prospectus, la souscription des titres, par le public et le versement prescrit au cas de constitution par souscription, il est tenu, *devant notaire*, une Assemblée générale des souscripteurs, présents ou représentés (1).

Elle doit comme en France :

1° Procéder à certaines opérations de vérification et de contrôle ;

2° Nommer les organes sociaux de gestion et de contrôle, s'ils n'ont pas été désignés par les statuts ;

3° Décider de la constitution définitive de la Société.

Mais alors qu'en France cette décision résulte *tacitement* du vote affirmatif de l'Assemblée sur les questions qui lui sont soumises, l'Assemblée générale belge vote expressément la constitution définitive de la Société. Simple différence de principe puisque,

(1) L'art. 32, in fine, relatif à la constitution par souscription porte en effet : « Elles (les souscriptions) contiennent convocation des souscripteurs à une Assemblée qui sera tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la Société ».

en fait, et bien qu'elle n'y soit pas obligée par la loi, l'Assemblée générale constitutive de la Société française, vote, elle aussi, expressément l'approbation des statuts de la constitution définitive de la Société.

Plus importante est la différence suivante : En France comme dans la plupart des législations, qui ont imité la loi française de 1856, l'Assemblée générale constitutive des souscripteurs est chargée de vérifier et par suite d'approuver ou repousser par vote spécial, l'évaluation des apports en nature et l'attribution des avantages particuliers par les fondateurs. Rien de tel en Belgique. Le législateur de 1873 a considéré que l'Assemblée constitutive composée de personnes qui ne se connaissent pas, travaillée par des fondateurs solidaires et rompus aux affaires, ne pouvait jouir de son libre arbitre. Elle a préféré à ce mode de vérification peu sérieux et même plutôt nuisible, puisqu'il laisse croire à une vérification qui n'existe pas en fait, une large publicité préventive inspirée du système anglais. C'est la principale fonction de la publication préalable à la souscription publique du texte des statuts et de la réglementation du bulletin de souscription : le souscripteur dont l'opinion est basée sur les renseignements publiés avant la souscription adhère tacitement à l'évaluation des apports par le fait de la souscription. Il est sensé souscrire en connaissance de cause, il n'y a plus lieu à vérification.

Alors qu'en France il existe une controverse entre doctrine et jurisprudence sur le point de savoir s'il faut accomplir les formalités constitutives de déclaration de souscription et de versement et de vérification d'apports au cas de formation simultanée (1), la loi belge admet une solution intermédiaire : comme la doctrine française elle exige la déclaration de souscription et versement suivie de vérification dans tous les cas et quel que soit le mode de constitution adopté pour peu qu'une fraction du capital social ait été souscrite en numéraire et un versement effectué, et comme la jurisprudence française elle admet au cas de formation simultanée, il n'y a pas lieu à vérification d'apports, c'est-à-dire, en Belgique, à la publication préalable d'un prospectus qui est la formalité correspondante. La loi belge adopte donc une mesure intermédiaire. Celle-ci n'est pas heureuse et elle est peu logique. Les mêmes motifs, en effet, militent en faveur du rejet ou du maintien des deux formalités de déclaration de souscription et de versement et de vérification d'apports : ou bien considérant avec la jurisprudence française que ces formalités sont établies dans l'intérêt des tiers, souscripteurs pour les protéger contre les fraudes possibles des fon-

(1) V. Législation française : En Belgique comme en France doctrine et jurisprudence s'accordent pour exiger dans tous les cas l'observation des conditions de fond elles-mêmes, de la souscription intégrale du capital social, et du versement légal à opérer sur le montant de chaque titre souscrit.

dateurs, elle devait les supprimer l'une et l'autre quand fondateurs et souscripteurs se confondent, quand il n'existe plus d'intérêts divergents à protéger ; ou bien considérant avec la doctrine « que les prescriptions légales ont aussi été édictées dans l'intérêt de tous, des créanciers sociaux et des concessionnaires auxquels les lanceurs de l'affaire vont presque aussitôt repasser le paquet et qui, en fait, sont les véritables souscripteurs » elle devait conserver avec la déclaration de souscription et versement suivie de vérification pour peu qu'une partie du capital social ait été souscrite en numéraire et un versement effectué, la publication préalable du prospectus sans égard au mode de constitution.

C'est dans la vérification des apports en nature que réside le point faible de la loi belge : la publicité seule et l'application du droit commun ne sont pas inutiles, il s'en faut, mais ils restent insuffisants à prévenir à eux seuls la fictivité ou la majoration des apports ; la répression et la responsabilité civile sont tardifs et impuissants pour les guérir. Il n'existe même plus de garantie quand les fondateurs, craignant que l'exagération même de leur évaluation fasse échouer la constitution de la Société, attendent qu'elle soit constituée pour lui vendre aussitôt leurs immeubles. Ils touchent ainsi un prix de vente important et *immédiat* qui leur permet d'éviter l'indisponibilité des actions d'apport et des parts béné-

ficiaires instituée en Belgique par la loi du 25 mai 1913 (1).

Le mouillage du capital social par la majoration des apports est un des gros dangers de la constitution des sociétés par actions. Il faut pour le prévenir, des mesures plus énergiques que la publicité préalable à la souscription publique si complète soit-elle. Cependant il est permis d'espérer que cette publicité préalable, insuffisante à elle seule, pourrait donner d'excellents résultats combinée avec d'autres mesures préventives appropriées telles que l'expertise obligatoire qui est adoptée par beaucoup de législations étrangères.

Mais revenons aux attributions de l'Assemblée constitutive. Elles ne se bornent pas à celles que nous avons énoncées (opérations de vérification et de contrôle, nomination des organes de gestion et de contrôle s'ils n'en pas été désignés par des statuts, déclaration de constitution définitive).

Nous avons vu que, conformément à la thèse doctrinale française, la loi belge exigeait la déclaration des fondateurs dans tous les cas, même celui de formation par comparution, du moment où une fraction quelconque du capital social avait été souscrite en

(1) Cette indisponibilité des actions d'apports qui est inspirée de la loi française de 1893 (art 3 nouveau, alinéa 3 et 4 de loi de 1867) est plus étendue en ce sens qu'elle s'applique non seulement comme en France aux actions d'apports, mais aussi aux parts de fondateurs ou parts bénéficiaires.

numéraire, mais alors que la loi française exige que la déclaration soit faite par les fondateurs au notaire et forme une opération séparée, les fondateurs belges opèrent leur déclaration directement à l'Assemblée générale constitutive qui vérifie, en présence du notaire, celui-ci consigne au procès-verbal de délibération la déclaration elle-même et les résultats de sa vérification.

L'ordre est donc le suivant : En France, déclaration, constatation, vérification. En Belgique, déclaration, vérification, constatation. La loi belge nous semble suivre un ordre plus logique que la nôtre.

En France, déclaration et constatation sont distinctes de la vérification qui les suit. En Belgique, déclaration, vérification et constatation, étroitement unies sont opérées au cours des délibérations de l'assemblée constitutive. Là encore la simplicité semble favoriser la loi belge.

A l'acte notarié de souscription et versement du droit français, preuve de la déclaration faite par les fondateurs, correspond en Belgique le procès-verbal de délibération d'assemblée générale constitutive établi obligatoirement en forme authentique (il est en même temps, nous l'avons dit, l'acte constitutif définitif de la société). Au procès-verbal doivent être annexées les mêmes pièces qui sont annexées à la déclaration notariée, savoir : la liste des souscripteurs et l'état des versements.

Le procès-verbal de l'assemblée générale constitu-

tive est établi en forme authentique par le notaire qui assiste aux délibérations de l'assemblée.

L'article trois stipule en effet : « Les fondateurs présentent au jour fixé, à l'assemblée qui est tenue devant notaire, la justification de l'existence des conditions requises par l'article 29, avec les pièces à l'appui — si la majorité des souscripteurs présents ne s'oppose pas à la constitution de la société, les fondateurs déclarent qu'elle est définitivement constituée. — Le procès-verbal *authentique* de cette assemblée, qui contient la liste des souscripteurs et l'état des versements faits, constitue définitivement la société. »

Ainsi le notaire, non seulement établit le procès-verbal des délibérations, mais il assiste également aux séances de l'assemblée constitutive qui ne peut valablement délibérer qu'en sa présence.

La législation belge logique et prévoyante, a jugé que la présence de l'homme de loi était désirable pour conseiller l'assemblée et assurer la régularité de ses délibérations. On ne saurait trop insister sur ce rôle de conseil, de tuteur pourrait-on dire, du notaire à la constitution (1). Il est essentiel dans une matière aussi compliquée, régie par des textes légaux nombreux, ignorés de la plupart des souscripteurs et même des fondateurs, alors que l'assemblée doit décider de questions d'une importance capitale pour son avenir — vérification de la souscription et du versement, nomina-

(1) Nous verrons en effet, que le notaire belge est déclaré *expressément* par la loi, mandataire légal des parties.

tion des organes de gestion et de contrôle, dans certains pays, vérification des apports, — en observant à peine de nullité les délibérations, certaines conditions du quorum et de majorité. L'inobservation de ces dernières conditions qui résulterait de la lecture du procès-verbal authentique, ne serait pas toujours révélée par la lecture d'un procès-verbal privé établi par le secrétaire de la société. Nous verrons par la suite que la plupart des législations étrangères à l'instar de la loi belge, ont assuré la présence d'un organe officiel de direction ou de contrôle — magistrat ou notaire — aux délibérations de l'assemblée générale constitutive. En France seulement, l'assemblée est abandonnée à elle-même, et livrée sans défense à l'influence prépondérante des fondateurs.

Le législateur belge exige aussi que le notaire qui a assisté au débat rédige en forme authentique le procès-verbal des délibérations en raison de sa grande importance.

Ce procès-verbal forme, en effet, avec l'acte projet ou prospectus un seul et même contrat, le contrat de société, dont-ils sont les composantes. En conséquence, procès-verbal et prospectus obéissent aux mêmes règles, sous les mêmes pénalités ; tous deux, notamment doivent emprunter la forme authentique à peine de nullité (art. 4, 31, 32 et 33, loi de 1873). Nous sommes dans un cas analogue à celui où conformément à l'article 31 ou du moins en vertu du choix que

cet article laisse aux contractants, la société est formée par plusieurs actes authentiques.

Enfin le procès-verbal d'assemblée constitutive reflète le caractère véritable de l'assemblée : il rend compte des discussions, rapporte les arguments qui ont été invoqués en faveur de telle ou telle opinion, ceux qui leur ont été opposés ; il constate la régularité des convocations, le nombre des actionnaires présents, le nombre des voix représentées, le montant du capital représenté, ainsi que le résultat des délibérations et les nominations. Il pourra être utile à consulter par la suite. Pour en assurer la conservation, en garantir l'exactitude, avoir un compte-rendu net et suffisamment détaillé, il a paru indispensable au législateur belge d'en confier la rédaction au notaire.

Pour les mêmes raisons, en Belgique, toute décision de l'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital social doit pour être valable, être constatée dans un acte authentique.

En France la loi n'exige ni la présence du notaire aux délibérations de l'assemblée constitutive, ni même qu'il rédige en forme authentique le procès-verbal de ladite assemblée. Cependant nous avons vu qu'en fait il est établi en l'étude du notaire de la société un dossier en son nom et que parmi les pièces déposées figure le procès-verbal de l'assemblée générale constitutive. Evidemment, ce dépôt est utile en tant qu'il assure la conservation du procès-verbal, mais il ne garantit pas comme un procès-verbal authentique que

le texte relate fidèlement le caractère des délibérations qui y sont consignées, ni qu'il soit suffisamment clair et détaillé.

Le système belge est très original :

Il perfectionne le système français dont il simplifie et coordonne les formalités éparses pour aboutir à l'acte constitutif de société avec le procès-verbal authentique de délibération d'assemblée générale. Le même acte est en même temps acte constitutif définitif de la société, acte qui constate la déclaration des fondateurs et procès-verbal d'assemblée générale constitutive et il est soumis par la loi belge à l'authenticité sous ses trois formes à peine de nullité.

Il suit un ordre logique pour accomplir les diverses formalités constitutives, notamment en exigeant que la déclaration des fondateurs soit vérifiée avant d'être consignée au procès-verbal authentique d'assemblée générale constitutive.

Il perfectionne la publicité en s'inspirant des législations étrangères auxquelles il emprunte la publicité préalable de l'acte-projet et du bulletin de souscription, ainsi qu'un organe mixte de publicité le *Moniteur belge*. (Voir publicité). Enfin il prévient nombre d'irrégularités en imposant partout le ministère du notaire.

Sanctions de l'inobservation des formalités constitutives. — Comme la loi française, la loi belge sanctionne l'inobservation des formalités constitutives par la nullité combinée avec la responsabilité civile et pé-

nale des fondateurs (système répressif), mais alors que la loi française n'a pas varié et applique toujours rigoureusement le système des nullités, à toutes ou presque toutes les irrégularités initiales — sauf le tempérament adopté par la jurisprudence française des sociétés de fait — alors surtout, que la loi française fait de l'action en nullité l'action préjudicielle à l'action en responsabilité, *la loi belge du 22 mai 1886 n'a lassé subsister que la nullité pour défaut d'acte authentique au défaut de publicité*, et elle permet de recourir directement contre les responsables. Pour toutes les autres irrégularités, la nullité est remplacée en Belgique par un système de responsabilité graduées pesant sur les fondateurs. (Pic S).

Le législateur belge manifeste une fois encore l'importance qu'il attache à l'intervention du notaire et sa méfiance à l'égard des nullités.

Publicité. — Après leur constitution les sociétés par actions doivent être publiées en Belgique comme en France.

Cependant :

I. — La publication qui a lieu en France par voie de la presse et par dépôt aux greffes des tribunaux de commerce et de paix, n'a lieu en Belgique que par voie de la presse.

De même qu'elle avait jugé inutile la vérification des apports par l'assemblée générale constitutive des actionnaires, de même la loi belge a jugé inopérante et desuète la publication par dépôt aux greffes: le public

n'est pas habitué à fréquenter les greffes où il ne peut que consulter les pièces. Pour en avoir copie, il faut, en effet, s'adresser au greffier qui délivre des expéditions ou extraits sur timbre assez coûteux. En France, du reste, le dépôt aux greffes a perdu en partie son utilité depuis la loi du 19 mars 1919 qui prescrit l'inscription de la société au registre du commerce, public; sa suppression, comme en Belgique, serait une source d'économie appréciable dont les affaires n'auraient pas à souffrir, au contraire.

II. — En France il est publié des extraits des actes de sociétés, en Belgique c'est l'acte constitutif *intégral* des sociétés par actions qui est publié. Toutefois, dans ce dernier pays lorsqu'il y a une publication préalable de l'acte-projet (constitution par souscription publique), la deuxième publication « pourra se référer à l'acte déjà publié » (Pirmez).

III. — En France la publication a lieu dans un journal choisi parmi une série de journaux autorisés à recevoir les annonces légales. En Belgique, la publication légale a lieu dans un organe unique pour tout le pays, recueil spécial publié en annexe au *Moniteur officiel* qui se distribue par abonnements et est, en outre, envoyé aux greffes de tous les tribunaux, justices de paix comprises, ou chacun peut gratuitement en prendre connaissance.

IV. — En France la publication légale doit être effectuée dans le mois de la constitution, en Belgique

dans la quinzaine de la même date (art. 10, alinéa 1^{er}, loi de 1873).

V. — En France le notaire n'a pas à surveiller la publicité. Il délivre les pièces nécessaires — expéditions ou extraits — lorsqu'il en est requis et ce sont les gérants dans la commandite par actions, les administrateurs dans la société anonyme qui déposent les expéditions aux greffes et font publier l'extrait dans un journal d'annonces légales. En France, lorsque le notaire effectue lui-même la publicité, il agit comme mandataire exprès ou tacite des parties mais non comme mandataire légal (1). En Belgique, au contraire, le notaire est chargé *par la loi et sous sa responsabilité* de déposer dans la quinzaine de la date des actes définitifs aux mains des fonctionnaires préposés à cet effet, les actes dont la loi requiert la publication. Les fonctionnaires préposés donneront récépissé du dépôt (art. 10, alinéa 1^{er}, loi de 1873). Mais le notaire belge n'est pas chargé par la loi de requérir la publication au *Moniteur officiel* ; sa responsabilité est dégagée du moment où il a effectué le dépôt dans le délai légal. La publication elle-même devra être faite dans les dix jours du dépôt à peine de tous dommages et intérêts contre les fonctionnaires responsables de l'omission ou du retard (art. 10, paragraphe 1^{er}, in fine), c'est-à-dire le greffier du tribunal de commerce ou du

(1) Voir jugement précité du tribunal de Bourg, du 26 juin 1923, Dalloz 1923. V. 13.

tribunal civil qui en tient lieu (arrêté royal du 21 mai 1873 (1).

La loi belge n'indique qu'indirectement en prescrivant les sanctions contre elles, les personnes, chargées d'effectuer le dépôt des pièces à insérer : ce sera pour les actes publics les notaires. Le dépôt tardif de l'acte à publier entraînera contre eux une amende de 50 fr. au minimum et 5.000 fr. au maximum (art. XI) (2). *La loi belge en effet, considère « qu'en recevant ou signant un acte de société, le notaire assume le mandat de faire ce qu'il faut pour qu'il produise ses effets. Il est, en d'autres termes, le mandataire légal des parties pour effectuer le dépôt et responsable, comme tout mandataire, de l'exécution de son mandat ; il est tenu vis-à-vis de ses mandants à la réparation du préjudice que causerait à ceux-ci le défaut de publication en temps utile ».* (Corbiau).

Nous avons vu que les décisions de la jurisprudence chargent en fait le notaire français d'un véritable mandat légal par la facilité avec laquelle elle reconnaissent l'existence du mandat tacite. Nous ne contestons

(1) Le dépôt au greffe du tribunal de commerce ou à défaut du tribunal civil qui en tient lieu n'est pas, comme en France, partie intégrante de la publicité. Il n'en est que le point de départ. Nous avons vu, en effet, que les Belges avaient considéré comme inutile la publicité par dépôt aux greffes et conservé seulement la publicité par la presse.

(2) L'amende sera dûe solidairement par les notaires s'ils sont deux, en sorte que celui qui l'aura acquittée entièrement aura un recours divisé contre son co-débiteur pour sa part.

pas l'utilité d'un pareil mandat. Nous estimons, au contraire, qu'il n'existe pas de garantie plus efficace pour assurer la régularité de la constitution, mais nous voudrions qu'en France comme en Belgique ce mandat soit expressément reconnu par la loi qui en détermine les limites exactes afin d'éviter l'arbitraire des tribunaux ; le public y gagnerait la sécurité et le notaire saurait où commence et finit sa responsabilité.

Le notaire belge n'est pas obligé d'opérer lui-même le dépôt des pièces nécessaires à la publicité. Il suffit que le dépôt soit opéré par ses soins, par une personne quelconque, un clerc de l'étude par exemple, mais le notaire reste personnellement responsable du mandataire qu'il s'est substitué.

La publication, pour être intégrale, devra comprendre outre la publication de l'acte même de société, la publication des procurations annexées, délivrées par ceux des associés qui n'ont figuré à l'acte constitutif que par mandataire, parce que : 1° il est de l'intérêt des tiers en faveur de qui est requise la publicité des sociétés commerciales, qu'ils puissent s'assurer par eux-mêmes de la réalité des pouvoirs affirmés au contrat par le mandataires ; 2° l'article 13 de la loi de ventôse déclare que les procurations des contractants doivent demeurer annexées à la minute des actes authentiques, en sorte que l'intégralité de l'acte n'est obtenue que par l'adjonction des procurations. Il faudra donc que l'expédition déposée au greffe, base de la publication, comprenne l'expédition de l'acte même

de société et les expéditions des procurations annexées. C'est dans ce sens que se prononce la jurisprudence belge « quelque fastidieuse et coûteuse que paraisse l'insertion dans les annexes du *Moniteur* de ces innombrables procurations. »

L'expédition déposée au greffe par le notaire devra être accompagnée d'une copie sur papier libre. L'expédition reste au greffe et c'est la copie sur papier libre qui est envoyée par le greffier à la direction du *Moniteur* pour être publiée (art. 2, arrêté royal du 21 mai 1873).

Les dépôts ne seront reçus que moyennant consignation entre les mains du greffier d'une somme suffisante pour couvrir les frais relatifs au dépôt et à la publication (art. 3, arrêté royal, 21 mai 1873), et le greffier délivrera récépissé sur timbre des actes remis et des sommes consignées (art. IV, même arrêté). Ce récépissé est soumis aux droits d'enregistrement et de greffe mais les parties pourront éviter les droits en ne le réclamant pas au greffier qui n'est tenu de le délivrer que sur demande des intéressés.

En résumé. l'acte constitutif des sociétés par actions belges est publié in extenso, dans la presse — annexes du *Moniteur*, seul organe officiel — par les soins du notaire sous sa responsabilité. Le notaire belge est le mandataire légal des parties à l'effet d'effectuer la publicité.

TITRE II

Droit allemand.

La législation allemande sur les sociétés par actions est le prototype des législations réglementées.

Les sociétés par actions allemandes ont été régies successivement par le Code de commerce de 1861, la novelle de 1870, la loi fondamentale de 1884 et la loi du 28 avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée (1), enfin par le nouveau Code de commerce allemand de 1897.

Comme ailleurs, nous trouvons en Allemagne les deux modes de la formation simultanée, entre seuls fondateurs (art. 209 d) et de la formation successive par voie d'appel au public (art. 209 e, alinéa I). Les formalités constitutives ne diffèrent guère de celles déjà vues.

Il faut en Allemagne :

- 1° Réunir un nombre minimum de cinq associés dans la société anonyme ;
- 2° Etablir un acte constitutif de société ou statuts ;
- 3° Souscrire intégralement le capital social ;
- 4° Opérer un versement minimum sur le montant nominal de chaque titre souscrit ;
- 5° Déclarer (fondateurs) que les conditions précédentes ont bien été observées ;

6° Réunir une assemblée générale constitutive d'actionnaires au cas de formation successive.

7° Publier la société constituée.

D'après le législateur allemand de 1884 (art. 209 I) sont réputés fondateurs de la société « des actionnaires qui ont arrêté des statuts ou qui ont fait des apports en nature ».

Statuts. — *Le contenu du contrat de société doit être arrêté par une délibération prise en justice ou devant notaire (art. 209, al. 1^{er}, loi de 1884 et art. 182, Code de commerce). Le contrat est publié in extenso préalablement à toute souscription publique.*

Aux termes de l'article 209, alinéa 1^{er} : « Le contenu du contrat de société (statuts) doit être arrêté par acte notarié ou judiciaire par cinq personnes au moins qui souscrivent des actions. L'acte doit également énoncer le montant des actions souscrites par chacune ».

Ainsi, comme la loi belge, la loi allemande considérant l'extrême importance des statuts, charte constitutionnelle de la future société, exige que le texte en soit arrêté en présence d'un homme de loi capable de conseiller utilement les parties, mais alors que la loi belge n'admet que le ministère du notaire à l'exclusion de tout autre, la loi allemande permet de lui substituer un magistrat.

Les fondateurs utilisent de préférence l'acte notarié avec la formation simultanée qui évite la réunion d'une assemblée générale constitutive présidée par un ma-

gistrat, le registerrichter (voir infra, assemblée générale constitutive). C'est aussi le mode le plus simple, le plus rapide, celui qui permet les combinaisons les plus diverses ; il est pour toutes ces raisons préféré des fondateurs de tous les pays. Avec la constitution, par souscription publique, moins employée, la direction et le contrôle des opérations constitutives sont soumises au registerrichter.

Depuis la loi de 1884, la rédaction et la publication intégrales des statuts doivent toujours précéder la souscription (auparavant la question était controversée). Celui qui souscrit des actions en se soumettant aux statuts non encore faits n'est pas lié même s'il a fait le premier versement. Nous avons vu qu'en France la souscription sur un simple projet, voir en l'absence de tout texte préalablement établi, était possible.

La publication intégrale des statuts est effectuée dans un organe unique pour tout le pays *Le Moniteur de l'Empire*. Les soucripteurs ne seraient plus liés sauf clause contraire expresse si, postérieurement à cette publication, les conditions portées aux statuts étaient modifiées.

Le prospectus allemand est très détaillé, trop détaillé même en ce sens qu'il peut permettre à des concurrents de connaître certains éléments qu'il eut été préférable de ne pas divulguer : procédés de fabrications, exploitation de brevets, moyens d'action, etc... Il se rapproche beaucoup du prospectus anglais sorte d'exposé général de l'entreprise plutôt que des pros-

pectus belge ou italien, moyens de publicité, qui sont une copie conforme ou un extrait des statuts en liaison intime avec le bulletin de souscription qui les reproduit en entier en Italie, partiellement en Belgique.

2° *Les statuts sont réglementés et doivent contenir obligatoirement certaines mentions, facultativement certaines autres.*

La loi allemande distingue les indications *essentielles* qui doivent figurer dans tout contrat de société ; les indications *accidentelles* qui doivent figurer aux statuts quand les circonstances auxquelles ces indications se réfèrent, existent ; les indications *facultatives* qui se trouvent dans la plupart des statuts, à côté des deux autres genres, sans que leur insertion soit prescrite par le législateur allemand.

Indications essentielles : (art. 209, alinéa 2).

1° La dénomination et le siège de la société ;

2° L'objet de l'entreprise ;

3° Le montant du capital social et de chaque action ;

4° La nature des actions, soit au porteur, soit nominatives et au cas d'émission d'actions des deux espèces, le nombre d'actions de chacune d'elles ;

5° Le mode de nomination et de composition de l'administration ;

6° La forme à suivre pour la convocation de l'assemblée générale ;

7° La forme à suivre pour les publications émanant de la société.

Indications accidentelles : (art. 209 a) :

1° Celles qui limitent la durée de l'entreprise ;

2° Celles qui permettent l'émission d'actions au-dessus du pair ;

3° Celles qui permettent la conversion des actions suivant leur espèce ;

4° Celles qui accordent à certaines catégories d'actions des droits différents quant aux intérêts ou dividendes ou quant à la participation à la fortune sociale ;

5° Celles qui décident que l'assemblée générale ne pourra prendre de décisions quant à certains objets, qu'en observant certaines conditions spéciales de majorité.

Indications facultatives. — Ce sont celles qui ne rentrent pas dans l'une des deux catégories précédentes.

Ainsi la loi allemande comme la loi belge, réglemente sérieusement le contenu même de l'acte de société sur lequel la loi française garde un silence regrettable.

3° *Au cas de formation simultanée la société pourra être constituée par un ou plusieurs actes judiciaires ou notariés.*

Les diverses formalités constitutives (rédaction des statuts, souscription des actions, nomination des organes sociaux) seront généralement effectuées en une seule fois par les fondateurs qui utilisent la fondation simultanée. Mais il n'y a rien là d'obligatoire.

L'article 209 a prescrit en effet : « Lorsque toutes les actions sont souscrites par les fondateurs, la société

par cette souscription est réputée constituée ; la souscription en tant qu'elle n'a pas été effectuée lors de la stipulation des statuts, peut se faire séparément par acte *judiciaire ou notarié* indiquant le montant des sommes encore souscrites par chaque fondateur ».

Il résulte du deuxième alinéa du texte précédent que le législateur allemand a voulu permettre aux fondateurs qui ne sont pas décidés à souscrire le capital tout entier le jour de l'élaboration et de la signature des statuts de souscrire le reliquat dans un acte *judiciaire ou notarié*. Si l'on considère que le texte même des statuts aux termes de l'article 209, alinéa 1^{er}, n'a pu être établi précédemment qu'en la forme judiciaire ou notariée, il aura fallu deux actes notariés ou judiciaires successifs et deux séances pour aboutir à la perfection du contrat de société. Nous retrouvons dans cette tolérance du législateur allemand la même faculté qui a été accordée par le législateur belge aux fondateurs pour constituer la société *par un ou plusieurs actes authentiques* au cas de fondation simultanée. Nous en avons vu les avantages.

En résumé, en Allemagne comme en Belgique :

1° Les statuts des sociétés par actions doivent toujours emprunter la forme la plus solennelle : ils seront notariés en Belgique, notariés ou judiciaires en Allemagne. En aucun cas, ces législations ne tolèrent la forme sous seing privé pour établir le contrat des sociétés par actions.

2° Le texte des statuts sera rédigé et publié avant

toute souscription publique, et il ne pourra plus être modifié par les fondateurs ;

3° Le texte des statuts est réglementé ;

4° Au cas de formation simultanée, la société pourra être constituée en une ou plusieurs séances par un ou plusieurs actes *authentiques*, afin de permettre aux fondateurs d'user de ce mode de formation malgré l'absence qui peut n'être que momentanée, d'une des conditions nécessaires à la perfection du contrat.

Souscriptions. — La souscription du capital social suit la publication des statuts. Elle doit être couverte intégralement avant que la société soit définitivement constituée. L'article 209 p. de la loi de 1884 stipule « que si toutes les actions ne sont pas souscrites par les fondateurs, il faut que la souscription du solde des actions précède la constitution de la société ». A défaut les fondateurs devront renoncer à constituer la société ou souscrire eux-même le solde des actions.

1° *Le bulletin de souscription est rédigé en double exemplaire.*

La forme authentique n'est pas exigée pour constater le contrat de souscription, la forme sous seing privé est suffisante, mais conformément au droit commun, l'acte de souscription sous seing privé devra être rédigé en double exemplaire afin de procurer à chacune des parties intéressées la preuve des obligations assumées par l'autre.

La souscription se fait par déclaration écrite qui

doit indiquer la participation, c'est-à-dire le nombre des actions et lors de l'existence d'actions de différentes natures, leur montant, espèce ou catégorie.

2° *La loi règle le contenu du bulletin de souscription.*

Le bulletin de souscription doit contenir les *mentions essentielles* (1), de l'acte de société, savoir :

1° La date des statuts, les indications prescrites dans les articles 209 alinéa 2, 209 b, et, lors de l'existence d'actions de différentes catégories, le montant total de chacune de celles-ci.

2° Les noms, professions et domiciles des fondateurs ;

3° Le prix d'émission des actions et le montant des versements fixés ;

4° Le délai dont l'expiration délie les souscripteurs, si la constitution de la société n'a pas été décidée auparavant.

Des bulletins de souscription ne contenant pas toutes ces indications ou qui subordonnent la souscription à des conditions autres que la réserve contenue dans le numéro 4 ne sont pas valables. Pourtant, si le juge préposé au registre du commerce (voir infra) a admis par inadvertance pareille souscription, et si l'actionnaire a joui des droits d'actionnaire ou en a rempli les devoirs, il demeure lié comme avec un bulletin régulier.

(1) En Italie, c'est le texte intégral du prospectus ou projet de statuts qui figure au bulletin de souscription.

Versement initial. — Au moment de la signature de l'acte de souscription, il devra être opéré par chaque souscripteur sur le montant nominal de chacun des titres par lui souscrits un versement initial de 25 %, soit le $\frac{1}{4}$ en souscrivant. Le versement exigé par la loi de 1870 était du $\frac{1}{10}$. Le tendance de la législation allemande comme celle des autres pays est donc d'augmenter l'importance du versement initial, afin d'assurer dès le début à la société les ressources nécessaires à son bon fonctionnement. Il n'est pas pratique de procéder immédiatement après la constitution à un nouvel appel de fonds, qui cause des frais inutiles et dérange les actionnaires.

Déclaration des fondateurs que toutes les actions sont souscrites et le versement légal opéré. — La déclaration des fondateurs existe en Allemagne comme elle existe en Belgique et en France, mais elle diffère sensiblement par ses modalités d'application dans ces trois pays.

Elle a été introduite en Allemagne par la Nouvelle de 1870 qui imitait la loi française mais était moins sévère encore, puisque, pour toutes pièces justificatives, elle se contentait de la simple attestation des fondateurs. Le système insuffisant de la Nouvelle a été remplacé par une réglementation minutieuse imposée par la loi allemande de 1884.

Désormais les fondateurs doivent faire une double déclaration de souscription et de versement :

1° Aux administrateurs et commissaires de surveillance nommés par une première assemblée générale constitutive s'ils ne l'ont été par les statuts. Ces organes chargés d'examiner les opérations de constitution en général, devront apporter une attention toute particulière à vérifier la sincérité de la souscription et des versements. Ils devront rédiger un rapport à ce sujet.

2° Au magistrat chargé par la loi de la tenue du registre du commerce (registerrichter). Les fondateurs, administrateurs et commissaires devront à cet effet, et en vue d'obtenir l'inscription de la société au registre du commerce, adresser au registerrichter avant toute réunion de l'assemblée générale constitutive une demande d'inscription signée d'eux à laquelle seront annexés : le rapport des administrateurs et commissaires avec pièces à l'appui concernant la vérification des opérations de constitution ; les doubles des bulletins de souscription, une déclaration des fondateurs, des membres de la direction et de ceux du conseil de surveillance attestant que le quart au moins du montant de chaque action autre que les actions d'apport, a été versé (art. 210) ; la liste des souscripteurs agréés avec indication de la répartition et des versements effectués, etc..., etc...

Le Registerrichter reçoit la déclaration des fondateurs, il la constate et aussi il la vérifie pour la deuxième fois. Ce n'est pas tout. Une troisième vérification officielle, la dernière celle-ci, sera effectuée par l'assemblée générale constitutive des actionnaires.

Cette dernière vérification est basée sur les deux vérifications précédentes : celle des administrateurs et commissaires consignée, dans un rapport qui constitue une véritable expertise préalable — les administrateurs et commissaires, *intéressés* seront du reste remplacés par de véritables experts (art. 209 h) — celle du registerrichter qui, étant chargé par la loi de présider l'assemblée générale constitutive pourra ainsi diriger les débats en toute connaissance de cause.

Comme les lois française et belge, la loi allemande laisse à l'assemblée générale constitutive des actionnaires le soin de vérifier et de prononcer *en dernier ressort* sur la sincérité des souscriptions et des versements, mais plus prévoyante elle a multiplié les mesures de protection en faveur des souscripteurs. Pour baser leur jugement, elle met à leur disposition de nombreux documents d'une valeur incontestable (rapport d'experts, doubles des bulletins de souscriptions, etc...). Pour balancer l'influence prépondérante des fondateurs, elle confie la direction des débats au registerrichter dont elle exige qu'il participe activement à la discussion.

La loi belge assure, au sein de l'assemblée constitutive avec la présence obligatoire du notaire aux délibérations, un conseil expérimenté qui devra consigner dans un procès-verbal authentique le compte-rendu des débats ; elle néglige de fournir aux action-

naires les éléments nécessaires pour diriger leur vote (1).

La loi française ne fournit à l'assemblée générale ni conseil officiel ni documents importants. Elle livre à l'influence des fondateurs la masse des souscripteurs dont le contrôle sur les opérations de la constitution est purement illusoire.

En Allemagne, comme en France, la déclaration des fondateurs est faite à un organe indépendant, le registerrichter, et elle précède la vérification par l'assemblée constitutive. Mais alors que le notaire français ne juit d'aucun pouvoir de contrôle sur la déclaration qu'il reçoit, le registerrichter possède les pouvoirs les plus étendus d'investigation. Le notaire français constate la déclaration sans la vérifier, le registerrichter constate la déclaration et il la vérifie.

Le système allemand est un système de méfiance. Il se méfie de l'impartialité des administrateurs et con-

(1) On ne saurait considérer comme sérieux la liste des souscripteurs et l'état des versements annexés en France comme en Belgique par les fondateurs à l'appui de leur déclaration. Ces pièces ne vaudront que ce que vaut l'honnêteté des déclarants. La vérification préalable des formalités de constitution par les commissaires français nommés par l'assemblée constitutive sous l'influence des fondateurs, ne présente aucune garantie de sincérité, aussi la législation belge ne l'a-t-elle pas reproduite. La vérification des commissaires français ne saurait être comparée à la triple vérification de la loi allemande par des administrateurs et le conseil de surveillance, vérifiés eux-mêmes par le registerrichter investi des pouvoirs les plus étendus et par l'assemblée générale constitutive.

trôleurs chargés de la première vérification et il leur substitue quand ils sont intéressés des experts-réviseurs spéciaux (révisoren) nommés par la Chambre de Commerce (art. 209 h) ; il exige que leur rapport soit soumis à une deuxième vérification par le registerrichter, véritable juge d'instruction. Il se méfie de l'influence des fondateurs sur l'assemblée générale constitutive et il confie la présidence au registerrichter. Alors seulement l'assemblée pourra valablement délibérer sur la validité des souscriptions et des versements.

Ce système de réglementation à outrance, s'il apporte plus de sécurité aux souscripteurs, est bien compliqué. Nous lui préférons le système belge amélioré : déclaration directe des fondateurs à l'assemblée constitutive qui délibère en présence du notaire. ou si l'on préfère, d'un magistrat chargé de la présidence comme en Allemagne, auquel, les pièces justificatives auront été communiquées au préalable, *mais toujours après communication d'un rapport d'experts* à la constitution, choisis par le tribunal de commerce parmi un corps d'experts assermentés présentant des garanties voulues de capacité, d'honnêteté et d'indépendance. Au rapport d'experts seraient joints les doubles des bulletins de souscription et la quittance délivrée par un établissement financier sérieux dépositaire des fonds de souscription.

Assemblée générale constitutive. — L'assemblée générale constitutive des actionnaires, organe déli-

bérant et chargée comme dans la plupart des législations :

1° De procéder à certaines opérations de vérification et de contrôle (supra : déclaration des fondateurs que toutes les actions sont souscrites et le versement légal opéré et vérification) ;

2° De nommer les organes sociaux de gestion et de contrôle s'ils ne sont pas désignés par les statuts ;

3° De décider de la constitution définitive par un vote spécial ;

4° D'approuver ou de repousser les apports en nature et avantages particuliers (1).

L'assemblée générale a toujours lieu après le dépôt de la demande d'inscription de la société au registre du commerce. Elle est convoquée et dirigée par le registerrichter auquel cette demande a été adressée par les administrateurs et les commissaires (voir supra). *Elle n'est pas exigée au cas de fondation simultanée.* Nous avons vu qu'en France, avec ce mode de formation, la vérification de l'assemblée constitutive est exigée en principe dans tous les cas, sauf celui de capital social formé exclusivement d'apports indivis entre les associés, et que la loi belge dans les mêmes circonstances avait adopté une solution intermédiaire.

(1) Nous avons vu que la loi belge considérant comme inutile la vérification par l'assemblée générale constitutive se borne à développer les deux principes excellents sans doute de la publicité et de la responsabilité, mais insuffisants à notre avis.

De même qu'elle règle dans ses moindres détails la vérification des conditions de souscription et versement, de même la loi allemande règle minutieusement la vérification des apports et avantages particuliers :

1° L'acte de société doit indiquer les noms des bénéficiaires d'avantages particuliers et les noms des apporteurs, les actions ou les hommes données en contre, le montant total des dédommagements ou gratifications accordées aux actionnaires ou aux tiers pour leur activité dans la fondation. Toute convention de ce genre qui ne figurerait pas dans l'acte de société serait nulle vis-à-vis de celle-ci (art. 209 b). (*Publicité de l'acte de société.*)

2° Le bulletin de souscription contient la liste des apports en nature et avantages particuliers. (*Publicité du bulletin de souscription*) ;

3° Les fondateurs doivent exposer dans une *déclaration justificative signée*, les circonstances qui leur paraissent de nature à justifier l'évaluation des apports et acquêts. Ils doivent en particulier, indiquer les contrats antérieurs à l'acquisition des apports par la société et faits en vue de cette acquisition ; ainsi que les prix d'achat ou de revient des dernières années. (Art. 209 g). (*Déclaration justificative des fondateurs.*)

4° Les membres de l'administration et du Conseil de surveillance doivent dans le rapport dont nous avons parlé, examiner tout spécialement l'évaluation des apports et la déclaration des fondateurs. (*Pre-*

mière vérification de l'administration et du Conseil de surveillance) ;

5° Devront figurer parmi les pièces qui doivent être annexées à la demande d'inscription : Les contrats sur lesquels se basent les estimations de l'art. 209 b. la déclaration justificative des apporteurs prévue à l'art. 209 g, un état des frais de fondation indiquant le genre et le montant des indemnités et les noms des bénéficiaires. (Art. 210). (*Demande d'inscription et deuxième vérification par le Registerrichter*).

6° Publication préalable de l'acte de société et du bulletin de souscription ; déclaration justificative des fondateurs ; double vérification par l'administration et le Conseil de surveillance, d'abord, par le Register-richter ensuite ; constituent déjà un imposant cortège de précautions. Il n'a pas semblé suffisant au législateur allemand. Les deux vérifications précédentes sont générales, nous avons vu qu'elles s'appliquaient à toutes les opérations constitutives, aux souscriptions et versements légaux comme à l'évaluation des apports et avantages. Le législateur allemand prescrit en outre une évaluation *spéciale* des apports en nature et avantages particuliers par des vérificateurs assermentés, assez analogues aux « accountants anglais » (V. infra), nommés non plus comme en France par les actionnaires eux-mêmes (Commissaires de surveillance), mais par la Chambre de commerce ou à son défaut par le tribunal du siège social (art. 192, paragraphe 2 et 3, Code de commerce), Les vérificateurs dé-

signés consignent le résultat de leur travail de contrôle dans un rapport écrit (Art. 193, paragraphe 2. Code de commerce) et c'est alors à l'assemblée générale de Constitution définitive tenue sous la direction du *Régisterrichter* et *dûment éclairée par les rapports* de vérification à se prononcer en connaissance de cause. (Art. 196, C. com.) (*3^e vérification par l'assemblée générale constitutive éclairée par toutes les formalités précédentes et par la vérification des experts en ce qui concerne les apports proprement dits*).

Pour parer aux ventes dès constitution, le code allemand (Art. 207), a décidé que « Toute convention par laquelle la société dans les deux années qui suivent sa constitution s'engage à acquérir soit un établissement existant ou à créer, soit un immeuble pour un prix supérieur au 1/10 de son capital social n'est valable que moyennant une double formalité, savoir: d'une part, une vérification spéciale faite par le conseil de surveillance et consignée par lui dans un rapport écrit, d'autre part, une approbation de l'assemblée générale statuant à majorités différentes suivant qu'il s'agit d'une convention conclue durant la première année ou faite au cours de la seconde ».

On le voit, la procédure de vérification d'apports ne le cède en rien à celle de la vérification des souscriptions et versements. Le législateur allemand a tout prévu avec une profusion de détails qui fait honneur à sa perspicacité mais qui complique singulièrement

la constitution de la société. L'excès en tout est un défaut, dit-on. Il convient cependant de noter parmi les nombreuses mesures préventives utilisées en Allemagne l'expertise préalable obligatoire appliquée aux apports en nature, qui donne de bons résultats, et l'approbation par l'assemblée générale éclairée par le rapport du Conseil de surveillance, des ventes faites à la société dès sa constitution (Art. 207, C. com.).

Procès-verbaux d'assemblée générale. — Aux termes de l'art. 238 a ; loi 1884 : « toute décision de l'assemblée générale doit, pour être valable faire l'objet d'un acte judiciaire ou notarié. La présence de témoins n'est pas nécessaire. Après l'assemblée générale, l'administration doit déposer sans retard une copie dûment certifiée de l'acte au registre du commerce » (1).

Le législateur allemand qui comprend toute l'importance d'un procès-verbal d'assemblée générale bien rédigé, exige comme pour l'acte même de société qu'il soit établi en la forme qui présente le maximum de garantie, c'est-à-dire par le juge ou par le notaire. Nous savons que la loi belge suit le même principe. Seule la loi française se désintéresse de la forme et du contenu des procès-verbaux d'assemblée générale comme elle se désintéresse de la forme et du contenu

(1) L'art. 238 a, loi de 1884 ne concerne que les sociétés anonymes; cependant dans la pratique et bien que la loi ne l'exige pas, le procès-verbal d'assemblée générale des sociétés en commandite par actions est toujours rédigé en forme authentique.

de l'acte même de société. En France un secrétaire quelconque de la société peut rédiger valablement le procès-verbal d'assemblée générale.

La législation allemande antérieure à la loi de 1884 n'exigeait la constatation des décisions de l'assemblée générale par acte authentique que lorsqu'il s'agissait d'une modification des statuts ou de la prorogation de la durée sociale ; la loi de 1884 a imposé la forme authentique pour constater toute décision d'assemblée générale. D'après l'exposé des motifs « la présence dans l'assemblée générale d'un juge ou d'un notaire exercerait une influence favorable sur l'observation de la loi et des statuts » et c'est pour cette raison que la disposition actuelle (authenticité des procès-verbaux d'assemblée générale), a été insérée. Bien que la loi n'exige seulement que les décisions soient constatées par acte authentique, dans la pratique on rédige toujours un procès-verbal authentique de l'assemblée générale.

Entérinement ou inscription de la société au registre du commerce. — En France comme en Belgique, la société est définitivement constituée, quand l'assemblée générale constitutive a prononcé expressément ou tacitement la constitution de la société. Il n'y a plus alors qu'à procéder aux publications légales qui l'extériorisent. En Allemagne comme dans beaucoup d'autres pays, du reste (Italie, Empire britannique), il reste une dernière formalité à remplir après la te-

nue de l'assemblée constitutive pour procurer à la société l'existence légale : celle-ci doit être inscrite sur un registre des sociétés (1) ; la société non inscrite n'est qu'une société de fait.

En Allemagne, l'inscription a lieu au registre du commerce (Handelsgesellschaft Büch, en abrégé H.G.B) tenu par le tribunal de commerce dans la circonscription duquel se trouve le siège social (Art. 210. loi de 1884). Il n'y a pas de registre central du commerce en Allemagne comme en France. C'est une lacune grave, car l'utilité du registre de commerce allemand reste locale : un registre central, permettrait de prendre partout connaissance des inscriptions passées dans tout l'empire (2).

Le but de l'inscription est multiple :

1° Elle détermine le moment précis où la société sort de la période de fondation ;

(1) Nous avons vu que le dépôt au greffe du tribunal de commerce de l'acte de société et des pièces annexes, prescrit par la loi française à peine de nullité, correspond sensiblement à l'antérinement ou inscription de la société sur un registre spécial. En France comme dans les pays qui admettent l'inscription, la société n'est *réellement constituée à l'égard de tous* ; le dépôt aux greffes comme l'inscription au registre sont éléments de la publicité, que moyennant un *enregistrement* ordonné par la loi.

(2) En France la loi du 18 mars 1919, qui a introduit le registre du commerce a créé, outre les registres locaux tenus aux greffes des tribunaux civils ou de commerce un registre central du commerce tenu à l'Office National de la propriété industrielle et qui centralise les principaux renseignements recueillis sur les registres locaux.

2° Elle fournit les éléments d'une publicité qui procurera aux tiers des renseignements suffisants sur la société qui vient de naître ;

3° Elle valide les actes antérieurs et met la société enregistrée plus ou moins complètement à l'abri de la nullité. Nous avons vu que la demande d'inscription devait être adressée au juge préposé à la tenue du registre du commerce, le *Registerrischter* avant la réunion de l'assemblée générale constitutive (formation par souscription publique), qu'elle est signée de tous les fondateurs, des administrateurs et des commissaires et qu'à cette demande devaient être annexées de nombreuses pièces que nous avons énuméré précédemment.

Nous avons vu également que l'examen du juge devait être minutieux d'après la loi. Il doit s'assurer de l'identité des administrateurs, vérifier si la forme et le contenu des statuts sont conformes à la loi, examiner les pièces annexées aux mêmes points de vues, vérifier si les décisions ont été prises à la majorité voulue, si le capital a été souscrit en entier et versé en partie. A ces fins, il doit examiner toutes les pièces à l'appui jointes à la demande. En outre, *en cas de souscription publique*, président de l'assemblée générale constitutive, il doit provoquer une discussion approfondie sur toutes les opérations de la fondation, signaler les lacunes qui peuvent être comblées, les fautes qu'on peut encore corriger, s'assu-

rer enfin « de visu » et « de auditu » que tout s'est passé régulièrement (de Muralt).

Toutes les pièces étant en règle, l'inscription a lieu de suite si les fondateurs ont souscrit toutes les actions (fondation simultanée), seulement après la décision de l'assemblée générale s'il y a souscription publique.

La loi allemande attache une importance considérable au fait de l'inscription qui purge les vices non essentiels. Elle n'efface pas cependant les vices essentiels tels que le défaut par les fondateurs d'avoir arrêté en justice ou par devant notaire le texte des statuts ou le cas où le procès-verbal d'assemblée générale constitutive n'a pas été rédigé par le juge ou par le notaire.

Publicité. — En Allemagne comme en Belgique nous trouvons une publicité double, savoir : 1° La publicité préalable à la souscription ou préconstitutive par publication de l'acte de société et du bulletin de souscription réglementé ; 2° La publication de la société constituée ou post-constitutive qui atteste sa naissance au monde des affaires.

Nous ne reviendrons pas sur la publicité préconstitutive déjà examinée. Quant à la publicité de la société constituée elle comporte : 1° l'inscription de la société au registre du commerce (Art. 199 et s. C.

comm. ; art. 210, loi de 1884 (1) ; 2° la publication d'un extrait de l'acte de société dans un organe de publicité unique pour tout le pays, le Reichsanzeiger ou Moniteur officiel de l'Empire (Art. 182, C. com. et 210, c. loi de 1884), les parties restant libres d'utiliser concurremment d'autres journaux.

Nous savons que le contrat de société et les pièces annexes sont inscrits sur le registre tenu par le tribunal de commerce dans la circonscription duquel se trouve le siège social. Ce registre est public et peut être consulté par toute personne intéressée qui peut également obtenir copie des inscriptions moyennant remboursement des frais. L'inscription au registre est demandée au Registerrichter (Juge préposé) par les soins de l'administration.

L'inscription au registre ne suffit pas pour porter la formation de la société à la connaissance du public. Aux termes de l'art. 210. c. loi 1884 « le contrat de société inscrit, *le tribunal de commerce* doit en publier un extrait ».

Cet extrait renferme :

- 1° Les clauses les plus importantes du contrat ;
- 2° Les nom, état et domicile des fondateurs, et, le

(1) Nous savons qu'en France à la formalité d'entérinement adoptée par les autres législations, correspond le dépôt aux greffes des tribunaux de commerce et de paix. En Belgique la publication est opérée seulement par voie de la presse il n'y a enregistrement ni par dépôt aux greffes ni par entérinement sur registre spécial.

cas échéant, le fait qu'ils ont souscrit eux-mêmes toutes les actions ;

3° Les nom, état et domicile des administrateurs et des commissaires, éventuellement ceux des experts. Si les statuts déterminent le mode d'après lequel l'administration fait connaître ses décisions et signe pour la société, cette disposition doit aussi être rendue publique.

La publication a lieu obligatoirement au Reichsanzeiger, mais les parties peuvent utiliser concurremment d'autres journaux désignés dans les statuts et choisis parmi ceux que le tribunal de commerce de la circonscription aura désignés à la fin de chaque année (décembre) pour recevoir les publications faites au cours de l'année suivante (Art. 14, C. com.).

La législation allemande utilise la publication par enregistrement et par la presse, et elle confie à l'administration le soin d'opérer l'inscription, au Registerri-chter le soin d'effectuer l'insertion de l'extrait. *C'est le juge délégué qui, après avoir vérifié la régularité des opérations constitutives, et inscrit le contrat de société doit en publier un extrait.*

C'est le notaire qui doit en Belgique, procéder à la publication sous sa responsabilité.

En France, ce n'est ni le notaire ni le juge, mais l'administration qui doit effectuer toute la publication.

Il est évident que les législations belge et allemande qui confient à un organe compétent et responsable le

soin d'effectuer les publications, offrent une garantie que l'on ne trouve pas dans la législation française. On peut cependant reprocher à la législation allemande : 1° La publication par extrait moins complète que la publication in extenso du droit belge ; 2° L'insertion au *Reichsanzeiger* — recueil général — qui est noyée dans la masse des matières contenues par ce journal et de ce fait, ne peut être consultée que difficilement ; 3° Enfin la publication dans les autres journaux d'annonces légales, d'intérêt local et à tirage restreint qui a une portée insuffisante en matière de sociétés par actions.

TITRE III

Droit italien.

Nous trouvons en Italie les mêmes formalités générales de constitution qu'en Belgique et en Allemagne : mêmes modes de formation avec la constitution entre fondateurs ou formation simultanée, et la constitution par appel au public ou formation successive ; mêmes formalités constitutives de souscription intégrale du capital social, versement légal, déclaration des fondateurs, délibérations d'assemblées générales, **entérinement** et publications.

Cependant, et bien qu'elle adopte certaines institutions caractéristiques de la législation allemande (expertise et entérinement) c'est surtout avec la législation belge que la loi italienne présente le plus d'affinités.

Les sociétés commerciales italiennes sont régies par le code de commerce promulgué du 31 octobre 1882.

Sont fondateurs, d'après la loi, ceux qui assument vis-à-vis du public l'initiative de la nouvelle entreprise en en élaborant le prospectus et en le signant (Art. 129), ou bien au cas de formation simultanée, tous les premiers souscripteurs des actions quelqu'en soit le nombre. C'est à eux qu'incombe l'obligation de garder les souscriptions (Art. 139) ; de réclamer les premiers

versements (Art. 132), de convoquer l'assemblée constitutive (Art. 134) et l'accomplissement de ces fonctions, conséquence de leur qualité de fondateurs en constitue aussi la preuve. Ceux qui apportent des biens en nature, qui souscrivent un grand nombre d'actions, qui se chargent de les placer ne deviennent pas pour cela seul des fondateurs de la société. (Vivante).

La loi italienne, contrairement à la plupart des autres législations européennes qui ont en cela imité la loi britannique (1), n'exige pas un minimum de fondateurs pour constituer valablement la société. Deux personnes pourront valablement s'associer pour constituer une société anonyme ou en commandite par actions (2).

Statuts. — *La loi italienne distingue les statuts et l'acte constitutif de la société.* Les statuts sont partie intégrante de l'acte constitutif, ils en sont l'objet, mais ils ne sont pas à eux seuls l'acte constitutif qui comprendra, en outre, les actes individuels de souscription, postérieurs, et ne sera parfait qu'après les délibérations de l'assemblée générale constitutive et l'approbation par elle des statuts élaborés par les fonda-

(1) L'art. 6 de la loi britannique de 1862 fixait à sept le nombre minimum d'associés nécessaires pour fonder une « incorporated Company » (Voir législation britannique).

(2) En France, la loi du 7 mars 1925 (Art. 5), permet la constitution de sociétés à responsabilité limitée avec deux associés seulement.

teurs (1). Les statuts sont la première partie de l'acte constitutif dont la dernière partie représentée par le procès-verbal de l'assemblée générale constitutive, constitue l'acte définitif de société.

La loi italienne comme la loi belge, concentre les opérations diverses de la constitution en une formalité unique, l'établissement de l'acte constitutif de la société.

1° *Les sociétés par actions doivent être formées par des actes publics à peine de nullité* (Art. 87, 128, etc...)

Le législateur italien a préféré cette forme plus solennelle, exigée aussi pour les actes les plus importants de la vie privée, à l'acte sous seing privé. Il a estimé que l'acte authentique suppléerait en partie l'autorisation gouvernementale supprimée et que l'expérience du notaire ne serait pas inutile pour conseiller les parties.

En conséquence, devront être établis, en forme authentique par le notaire, seul compétent : 1° Le statut social qui constitue nous l'avons vu, l'objet du contrat de société ; 2° Le procès-verbal de l'assemblée générale constitutive qui est l'acte de société définitif ; 3° Enfin la loi italienne exige également, nous le verrons, que soient légalisées par le notaire les signatures des souscripteurs. Et c'est logique puisque ces contrats individuels contribuent eux aussi à former

(1) Il n'y a pas lieu à approbation des statuts par l'assemblée constitutive s'ils ont déjà été acceptés au moment de la souscription (Art. 134, n° 2).

l'acte constitutif de société auquel ils seront incorporés après délibération favorable de l'assemblée générale constitutive. C'est également une utile précaution contre la fraude des fondateurs qui consiste à présenter, comme souscripteurs certaines personnes dont l'exemple est susceptible de provoquer de nouvelles souscriptions.

Le législateur italien qui répugne cependant à appliquer la nullité considère comme essentielle la formalité d'authenticité qu'il exige à peine de nullité de la société.

II. — *Les statuts sont réglementés et doivent contenir certaines mentions essentielles.*

Le code italien prescrit d'insérer aux statuts les mentions désignées dans l'art 89. Ce sont, outre la date et la signature de l'officier public rédacteur :

1° La dénomination et le siège de la société de ses établissements et de ses agences ;

2° Le genre des affaires qui constituent l'objet social ;

3° Le montant du capital souscrit et du capital versé ;

4° Les personnes des associés et leur domicile, ou le nombre et la valeur nominale des actions indiquant si elles sont nominatives ou au porteur, si les actions nominatives peuvent être converties en actions au porteur et vice versa, et quelle est l'échéance et le montant des versements à faire par les associés.

5° La valeur des créances et des autres biens conférés ;

6° Les normes suivant lesquelles les bilans doivent être formés et les bénéfices calculés et répartis ;

7° Les avantages et droits particuliers concédés aux fondateurs ;

8° Le nombre des administrateurs et leurs droits et devoirs indiquant qui d'entre eux a la signature sociale ;

9° Le nombre des syndics ;

10° Les pouvoirs de l'assemblée générale et les conditions pour la validité de ses délibérations et pour l'exercice du droit de vote, si on veut déroger, pour cette partie aux dispositions des articles 156-157-158 ;

11° Le temps dans lequel la société doit commencer et celui où elle doit finir.

En outre, doivent être ajoutés à l'acte constitutif, les documents contenant les souscriptions et les preuves de l'exécution du dépôt du premier versement, dans le mode fixé par l'art. 133.

Il y a lieu de distinguer parmi les mentions sus-énoncées de l'art 89, les mentions essentielles dont l'omission frappe de nullité la société et les mentions non essentielles (1) auxquelles il pourra suppléer en cas d'omission, au moyen d'autres dispositions du code.

(1) Nous avons vu que la loi allemande de 1884 (Art. 209) distinguait également les indications essentielles, les indications accidentelles, et les indications facultatives. (Voir supra législation allemande).

Mais ces omissions seront rares en pratique car le législateur italien soumet nous le verrons, à la vérification du tribunal civil, l'observation des formalités constitutives, et celui-ci s'opposerait à l'enregistrement d'une société irrégulière. Il faut supposer que l'omission est passée inaperçue du tribunal qui a permis d'enregistrer. Les mentions considérées comme essentielles sont celles comprises sous les numéros 1, 2, 3, 4, 7, 11 ; les autres mentions ne sont pas essentielles.

Le législateur italien comme les législateurs belge et Allemand, a considéré qu'il était utile de régler le contenu des statuts afin de guider les rédacteurs des statuts et d'éviter ainsi l'omission d'indications importantes.

III. — *Au cas de formation simultanée la société peut être constituée par un ou plusieurs actes publics.*

L'art 128 stipule : « La société peut-être constituée par un ou plusieurs actes authentiques, par lesquels est certifié avec le concours des souscripteurs de l'entier capital social, l'accomplissement des conditions prescrites par la loi et sont nommés les administrateurs et les personnes chargées de remplir les fonctions de syndics jusqu'à la première assemblée générale ».

Nous avons vu que la loi belge de 1873. art. 31 et la loi allemande de 1884, art. 209 d renferment une disposition analogue et quels en étaient les avantages (Supra, législations belge et allemande).

IV. — *Formation successive — Souscription — Publication préalable d'un prospectus ou programme.*

« La société peut aussi être constituée au moyen d'une souscription publique. Dans ce cas les fondateurs doivent rédiger un prospectus (programme) qui indique le but, le capital, les clauses principales de l'acte constitutif ou du statut, et la participation qu'ils se réservent dans les bénéfices de la société, ou qui contient le projet de statut. Le prospectus doit être signé par les fondateurs et peut fixer un délai différent de celui indiqué dans l'art. 99 pour l'extinction de l'obligation des souscripteurs. Le prospectus doit aussi désigner la personne qui présidera l'assemblée mentionnée dans l'art. 135 (assemblée générale constituante), le prospectus avec les *signatures authentiques des fondateurs*, doit être déposé *avant la publication au greffe du tribunal de commerce* (1) dans la juridiction duquel le siège de la future société doit être établi. » (Art. 129).

L'institution du prospectus, mode de publicité préalable à la souscription publique, qui a pour but de faire connaître aux tiers, futurs souscripteurs, les conditions principales des statuts ou même leur texte intégral, n'est pas nouvelle pour nous. Nous l'avons trouvée en Belgique où le prospectus comporte la publication intégrale du projet des statuts, en Allema-

(1) Et non pas du tribunal civil qui est chargé, nous le verrons, de vérifier les formalités de constitution et d'ordonner l'entérinement consécutif.

gne où il donne un exposé général et détaillé de l'entreprise ; nous le retrouverons en Angleterre assez semblable au prospectus allemand. L'Angleterre est du reste le berceau de l'institution.

Le prospectus italien s'écarte des prospectus anglais et allemand pour se rapprocher du prospectus belge : il est, comme lui, une copie conforme ou un extrait des statuts, au choix des fondateurs, en liaison intime avec le bulletin de souscription qui le reproduit en entier.

Il est signé des fondateurs, et cette signature comme celle des souscripteurs est soumise au visa du notaire qui intervient dans toutes les opérations constitutives des sociétés par actions.

Le législateur italien, avisé, prévient ainsi les suppositions de signature.

Le prospectus avec les signatures authentiques des fondateurs doit être déposé avant la publication au greffe du tribunal de commerce du siège social de la future société, afin que chacun puisse l'examiner et qu'on ne puisse le remplacer après le placement des actions.

En Italie comme en Belgique, la publication d'un prospectus n'est pas exigée quand la société est constituée entre fondateurs seuls par formation simultanée.

Enfin il convient de noter qu'en Italie, les fondateurs ne sont pas tenus d'établir, avant tout, les statuts en leur forme complète et définitive pour les pré-

senter aux souscripteurs. D'après le code de commerce italien, la souscription peut s'ouvrir pourvu que les *bases essentielles* de l'entreprise soient fixées dans un prospectus, un programme ou projets de statuts (1). C'est l'assemblée générale qui met ensuite la dernière main aux statuts en se conformant aux données générales du prospectus ; les décisions de la majorité des présents lient la minorité et les absents.

La loi italienne exige aussi que tous les documents qui émanent des sociétés par actions, indiquent l'espèce et le siège de la société ainsi que le capital social *d'après la somme effectivement versée* et dont l'existence résulte du dernier bilan approuvé (Art. 104. La loi italienne a imposé ce qui n'était qu'une faculté dans la loi belge ; excellente mesure qui permet de se renseigner à première vue sur les capitaux dont dispose véritablement la société sans recourir aux publications (2).

Souscriptions. — Les souscriptions doivent toujours être précédées de l'élaboration et de la publication du statut social, d'un prospectus contenant les *principales clauses* de l'acte de société ou d'un projet de statuts.

Les souscripteurs ne seront plus liés sauf clause

(1) Il existe une disposition analogue en Hongrie.

(2) Bing. — La société anonyme en droit italien (Etude de législation comparée, thèse présentée à la faculté de droit de Genève).

expresse, si une modification est apportée aux documents publics.

La souscription doit être intégrale. (Art. 131. C. com.).

Chaque souscription individuelle constitue un contrat préliminaire unilatéral et subordonné à la condition de constitution future de la société qui constate les obligations des souscripteurs (celles des fondateurs sont portées au prospectus qui est du reste relaté sur le bulletin de souscription).

Tous ces contrats préliminaires sont ensuite portés par les voies tracées par la loi et après le versement préventif de 3/10 devant l'assemblée constitutive, ou par les moyens d'une déclaration collective de volonté, ils passent dans l'acte constitutif après avoir servi d'éléments préparatoires de cet acte, ou bien ils sont anéantis par suite de l'échec de la constitution projetée (1).

La souscription doit se faire sous le prospectus ou par lettres adressées aux fondateurs. *Dans les deux cas elle doit être rendue authentique par un notaire.*

D'après l'art 130 : « Les souscriptions des actions doivent être recueillies sur un ou plusieurs exemplaires du prospectus des fondateurs ou du projet de statuts de la société. Elles doivent contenir les noms et prénoms ou la raison sociale, et le domicile de celui qui souscrit, le nombre en toutes lettres, des actions

(1) Vivante. — Droit commercial, tome II (sociétés commerciales).

souscrites et la date de la souscription et contenir la déclaration que le souscripteur connaît et accepte le prospectus ou le projet de statut. Les souscriptions peuvent aussi résulter de lettres adressées par les souscripteurs aux fondateurs et contenant les indications susdites, notamment la déclaration expresse que le souscripteur connaît et accepte le prospectus ou l'acte constitutif ou le statut de la société à laquelle il souscrit. Les souscriptions doivent être légalisées par un notaire, quelque soit le mode par lequel elles sont recueillies ».

Ces mesures ont pour but :

1° En exigeant la désignation exacte des souscripteurs, de prévenir les souscriptions par des hommes de paille insolubles ;

2° En imposant la vérification des signatures par le notaire, d'empêcher de faire figurer à leur insu parmi les souscripteurs, le nom de personnes connues.

3° D'empêcher les souscriptions irréfléchies en exigeant qu'elles soient effectuées sur un exemplaire de prospectus, du projet de statuts ou même par lettre à condition que celui-ci contienne les indications du prospectus et la déclaration expresse du souscripteur qu'il connaît et accepte les conditions.

La souscription par lettre permet à des personnes qui n'ont reçu aucun formulaire et n'ont connu la souscription que par le prospectus publié dans les journaux, de pouvoir néanmoins souscrire.

L'inobservation des formalités précédentes de souscription peut en entraîner la nullité.

Le législateur italien a préféré le bulletin de souscription authentique en unique exemplaire au bulletin de souscription sous seing privé en double exemplaire des législations belge et allemande. Il réglemente comme elles le contenu du bulletin de souscription et le contenu de l'acte même de société, qui sont deux modes complémentaires étroitement unis de la publicité préalable à la souscription publique adoptée par la plupart des législations voisines. Notre législation qui ignore cette mesure préventive est muette sur la forme et sur le contenu de l'acte de société aussi bien que sur la forme et sur le contenu du bulletin de souscription qui le complète. Elle conserve le bulletin de souscription sous seing privé en unique exemplaire qui constitue une anomalie juridique injustifiée. Pour être logique elle eut dû, ou bien adopter le système italien du bulletin unique mais authentique, ou bien adopter le système germano-belge du bulletin sous seings privés en double exemplaire conformément au droit commun.

Versements. — Chaque action doit être libérée des 3/10 de son montant nominal soit 30 % toutes les fois que le versement d'une somme supérieure n'est pas prescrit dans le prospectus par les fondateurs. S'il s'agit d'une société d'assurances, il suffit de verser le 1/10 (Art. 131).

Le versement prescrit par la loi n'est pas toujours

opéré lors de la souscription. Il suffit qu'un acompte en garantie soit versé à cette époque contre les revirements faciles ou l'insolvabilité éventuelle des souscripteurs (1), le surplus devant être versé dans un délai assigné à cet effet par les fondateurs. Ce délai expiré en vain, les fondateurs pourront ou bien décharger les souscripteurs en demeure de l'obligation assumée, ou bien les forcer au versement (c'est leur intérêt si le souscripteur est solvable et si les actions sont difficiles à placer). Si les souscripteurs sont déchargés de leur obligation, on ne peut procéder à la constitution de la société avant que les actions par eux souscrites soient placées de nouveau (Art. 132).

Contre les versements fictifs, la loi italienne prévoit le dépôt des fonds de souscription, soit à la Caisse des dépôts et prêts, soit à une banque d'émission légalement constituée. Les sommes déposées ne pourront être restituées qu'aux administrateurs nommés qui devront présenter un certificat du greffier prouvant le dépôt, l'inscription et la publication du contrat, ou bien aux souscripteurs si l'inscription n'a pas lieu. Les fondateurs n'en pourront retirer aucune partie (Art. 133).

Déclaration des fondateurs, que toutes les actions ont été souscrites et le versement légal opéré. — Cette formalité présente une affinité nouvelle des lois belge

(1) Les souscripteurs auront intérêt à verser pour ne pas perdre leur cautionnement.

et italienne qui toutes les deux confient à l'assemblée générale constitutive des actionnaires le soin de recevoir et contrôler la déclaration des fondateurs (infra. Assemblée générale constitutive).

En Belgique comme en Italie le notaire présent aux délibérations de l'assemblée générale constitutive et chargé par la loi d'en établir le procès-verbal en forme authentique, constate en son compte rendu des délibérations la déclaration des fondateurs et le résultat de la vérification qui en est faite séance tenante, par l'assemblée constitutive.

Dans les deux pays le procès-verbal authentique des délibérations de l'assemblée constituante représente l'acte de constitution définitif de la société.

Assemblée générale constitutive. — L'Assemblée générale constitutive des sociétés par actions italiennes, doit être convoquée par les fondateurs dans les quinze jours à dater de l'expiration du terme fixé conformément aux dispositions de l'art 132, sauf si le prospectus ou le statut en dispose autrement (Art. 134).

Elle est présidée par la personne qu'aura désignée le prospectus et qui pourra être un associé, un magistrat, *ou même un notaire* (1).

Ses attributions sont les suivantes :

1° Elle procède à certaines opérations de vérifica-

(1) Vivante, droit commercial tome II (société commerciale) N° 505.

tion et de contrôle, notamment en ce qui concerne la souscription intégrale du capital social et le versement légal.

Les fondateurs de la société déclarent devant l'Assemblée générale constitutive que le capital social a été intégralement souscrit et le versement légal opéré. Ils présentent à l'appui de leurs déclarations les bulletins de souscription légalisés par le notaire et le reçu de l'établissement dépositaire des fonds de souscription. C'est le système belge — déclaration des fondateurs à l'assemblée constitutive qui vérifie — amélioré en ce sens que l'assemblée constituante belge s'en rapporte à la déclaration des fondateurs, corroborée seulement par la présentation des doubles des bulletins de souscription sous seing privé, sans qu'aucune pièce justifie des versements légaux. L'assemblée constituante italienne possède, pour baser son jugement, en outre des bulletins de souscriptions légalisés par le notaire qui remplacent avantageusement les bulletins de souscription belges sous seing privé, le reçu de l'établissement dépositaire des fonds de souscription.

On ne saurait trop admirer ces dispositions de la loi italienne qui permettent à l'assemblée constituante d'opérer une vérification sérieuse absente dans la plupart des autres pays où l'assemblée constituante dans les mêmes circonstances ne peut que s'en rapporter à la parole des fondateurs ou se livrer à une vérification illusoire faute de documents.

2° Elle approuve ou repousse l'évaluation des ap-

ports en nature et l'attribution des avantages particuliers.

L'art. 134, n° 1 dispose : « L'assemblée vérifie et approuve le versement des parts sociales et la valeur des meubles et immeubles conférés, si cette valeur a été fixée ; dans le cas contraire, elle nomme un ou plusieurs experts pour en établir le juste prix. »

Ainsi la loi italienne distingue selon que la valeur des apports a été ou n'a pas été fixée au prospectus. Dans le premier cas l'assemblée constituante ne peut qu'approuver ou refuser son approbation s'il y a exagération ; elle ne peut pas réduire l'évaluation portée. Dans le deuxième cas l'assemblée générale nomme des experts pour évaluer les apports et avantages et leur décision lie les parties, sauf réserve expresse.

Il va sans dire que les fondateurs préféreront porter une évaluation au prospectus, évaluation soumise au contrôle illusoire de l'assemblée constituante, plutôt que courir les chances d'une expertise toujours dangereuse. La loi italienne n'a pas mis en effet à la disposition de l'assemblée chargée d'évaluer les apports, les documents intéressants qu'elle a mis à sa disposition pour lui permettre de vérifier les conditions de souscription et de versement.

Au système italien de vérification d'apports nous préférons le système allemand qui utilise l'expertise obligatoire dans tous les cas.

3° Elle discute et approuve les statuts s'ils n'ont pas été acceptés lors de la souscription.

Si au contraire tous les associés ont concouru à la rédaction du statut et l'ont signé (formation simultanée), ou si les souscripteurs ont accepté en souscrivant, le statut rédigé par les fondateurs (fondation successive), il est inutile de les discuter et de les accepter à nouveau.

Nous avons signalé que le statut des sociétés par actions était réglementé par le C. commerce italien et que *pour être complet* — l'assemblée ou les souscripteurs n'approuveront le statut que s'il est complet — il devait contenir certaines mentions réparties en mentions essentielles et en mentions non essentielles (art. 89) :

4° Elle nomme les organes de gestion et de contrôle s'ils n'ont pas été désignés dans les statuts ;

5° Enfin « après avoir accompli ce qui est prescrit dans les articles précédents, l'assemblée générale procède, séance tenante, à l'acte constitutif de la société avec le concours des associés présents qui représentent les absents. S'il n'est pas possible d'achever l'acte constitutif le même jour, la séance peut être continuée les jours suivants sans interruption (Art. 136) ».

Procès-verbal de l'assemblée constituante. — La délibération de l'assemblée générale constitutive se superpose aux nombreux contrats préliminaires signés par les actionnaires, elle les réunit en un acte constitutif unique qui sera constaté par le notaire au procès-verbal des délibérations de l'assemblée géné-

rale constitutive (1). Le Code de commerce italien (art. 87), comme la loi belge, a confié au notaire le soin de rédiger en la forme authentique le procès-verbal de l'assemblée générale constituante qui est tout à la fois comme en Belgique, l'acte constitutif définitif de la société dont les statuts forment la partie initiale, l'acte qui constate la déclaration des fondateurs relativement à souscription et au versement légal prescrit, sa vérification et généralement l'observation de toutes les prescriptions légales (conditions de quorum et de majorité des délibérations d'assemblée générale), enfin l'acte qui relate fidèlement les débats de l'assemblée constituante et qui en assure l'exactitude et la conservation.

L'art 89 in fine prescrit de joindre à l'acte constitutif les documents contenant les souscriptions et la preuve des premiers versements.

Entérinement ou inscription de la société au registre des sociétés. — Le notaire est chargé par la loi, concurremment avec les administrateurs, de déposer l'acte de société et les pièces annexes au greffe du tribunal civil du lieu du siège social, a fin d'inscription au registre des sociétés.

Ce tribunal devra s'assurer :

1° Que la société présente bien les caractères d'une

(1) Le procès-verbal des délibérations d'assemblées générales ordinaires ou extraordinaires pourra être dressé par un notaire ou par un employé de la société. En fait c'est généralement le notaire qui rédige le procès-verbal de délibération de toute assemblée générale d'actionnaires.

société anonyme ou d'une société en commandite par actions ;

2° Que les règles prescrites par le Code de commerce pour la constitution des sociétés par actions ont bien été observées, notamment que le capital social a été intégralement souscrit, le versement légal opéré et l'acte constitutif rédigé par un notaire ;

3° Que les statuts renferment les indications exigées par la loi ;

4° Que les statuts ne contiennent pas de conventions contraires à l'ordre public.

Si la loi a été observée, le tribunal autorise, par ordonnance délibérée en chambre du conseil et avec l'intervention du ministère public (1), l'inscription de l'acte constitutif et des statuts sur le registre des sociétés (Art. 90). Si la société n'a pas observé les prescriptions légales, le tribunal refuse l'inscription au registre des sociétés.

Contre l'ordonnance du tribunal qui repousse l'inscription, le notaire et les administrateurs pourront recourir auprès de la Chambre du Conseil de la Cour d'appel et aussi de la Cour de cassation (Art. 78 c. procédure civile). Ils n'ont pas de recours contre l'ordonnance qui autorise l'inscription et confère à la société l'existence légale.

(1) Le législateur a estimé que l'intervention du Ministère Public devait protéger les intérêts des futurs actionnaires contre les entreprises plus ou moins honnêtes des fondateurs.

Le code de commerce italien a confié au tribunal civil de première instance la vérification que le législateur allemand a confiée à un juge délégué : le *Registerrichter*.

Le gouvernement italien voulait confier au tribunal de commerce le soin de contrôler les opérations constitutives, le Sénat italien préférait en charger un notaire. C'est pour mettre fin à la discussion que d'un commun accord ils ont désigné le tribunal civil du lieu du siège social comme organe vérificateur.

Publicité. — Outre la publicité du prospectus au projet de statuts, préalable à la souscription publique, qui est utilisée en Italie comme en Allemagne et en Belgique, la société par actions doit être publiée après sa constitution.

Cette publicité s'opère :

1° Par l'inscription de l'acte de société et des pièces annexes au registre des sociétés inscription précédée de la vérification du tribunal civil. Le registre est public et peut être consulté par tout intéressé.

Nous avons vu que le notaire est chargé par la loi, sous sa responsabilité et concurremment avec les administrateurs, de déposer l'acte constitutif de la société et les pièces annexes au greffe du tribunal civil dans les 15 jours de sa date. Là se borne le rôle du notaire italien dans les opérations de la publication légale de la société. Ce rôle qui présente quelque analogie avec celui du notaire belge, dans les mêmes

circonstances est cependant beaucoup moins important (supra : Belgique).

2° De façon locale et temporaire :

a) Par un affichage de l'acte constitutif et des statuts, in extenso, dans la salle de la commune du siège social et dans les locaux de la Bourse la plus voisine (C. com. Art. 90 et 91).

b) Par l'insertion d'un extrait des mêmes documents dans le journal des annonces judiciaires dudit siège social (Art. 94).

3° De façon centrale et permanente.

Par une publication in extenso dans un journal officiel spécial, le « Bulletin officiel des sociétés par actions » (Art. 95).

Le législateur italien qui a trouvé insuffisantes et la publication par la voie des journaux locaux, trop restreinte, et la publication par affichage essentiellement temporaire, les a complétées en s'inspirant du système de publicité belge et il a prescrit la publication *intégrale* de l'acte constitutif de société avec les documents annexés dans un organe centralisateur unique de publicité « le Bulletin officiel des sociétés par actions », mis comme en Belgique à la portée de tous les intéressés sans déplacement et sans frais.

Sauf le dépôt de l'acte constitutif de société et des pièces annexes effectué par le notaire sous sa responsabilité au greffe du tribunal civil afin d'inscription, la publicité légale est effectuée en Italie, par les soins des administrateurs.

TITRE IV

Droit britannique.

La législation britannique sur les sociétés par actions très spéciale. Elle ne distingue pas comme en France les sociétés civiles et les sociétés commerciales, elle classe les sociétés en sociétés incorporées ou compagnies et en sociétés non incorporées ou *partnerships*. Elle attache une importance considérable à la formalité d'enregistrement ou incorporation, *measure de publicité* comparable à l'entérinement des législations précédentes, hors laquelle une société ne pourrait jouir de la personnalité juridique (1).

Doivent être enregistrées :

1° Toutes les sociétés composées de plus de 20 membres (10 seulement pour les compagnies de banque) ;

2° Toutes les sociétés qui désirent limiter, dans une mesure quelconque, la responsabilité de leurs membres, *par conséquent toutes les sociétés par actions*.

(1) En France, les sociétés civiles, *non publiées*, jouissent de la personnalité juridique, par une tolérance inexpliquable de la jurisprudence française. La *partnership* britannique ou société non incorporée, n'a jamais la personnalité juridique ; elle est soumise au droit commun, alors que la société incorporée ou compagnie, qui jouit de la personnalité juridique est soumise à la réglementation de l'Act de 1908.

Les deux grandes variétés de sociétés par intérêt sont, dans le Royaume-Uni :

1° La « partnership simple » qui correspond à notre société en nom collectif ;

2° La « Limited-partnership », qui correspond à notre société en commandite simple.

Par contre on trouve dans le Royaume-Uni, dans la catégorie des sociétés par actions, des variétés inconnues des autres législations ;

1° Les sociétés à responsabilité illimitée ;

2° Les sociétés à responsabilité libitée par actions ;

3° Les sociétés à responsabilité limitée par garantie.

Nous examinerons seulement la constitution de la compagnie à responsabilité limitée par actions la « Joint stock company limited by shares », plus connu sous la simple abréviation de « Limited », qui correspond assez bien malgré des différences sensibles à notre société anonyme (2). Dans ces sociétés comme dans nos sociétés anonymes, la responsabilité de chacun des membres est limitée au montant des actions qu'il possède.

La société en commandite par actions n'existe pas comme type indépendant de société par actions dans le Royaume-Uni. Longtemps même le droit britanni-

(2) Sur la classification des sociétés en droit britannique, voir la thèse de M. Fernand Laurent (1919) « Esquisse d'une étude comparée des législations française et britannique en matière de société par actions ».

que a interdit de réunir dans une même société la responsabilité indéfinie d'un gérant avec la responsabilité limitée des actionnaires. Ce n'est qu'en 1908 que l'Act (1) voté à cette époque a permis dans son article 60 de stipuler valablement dans une société à responsabilité limitée par actions, la responsabilité illimitée d'un ou de plusieurs administrateurs (Art. 60, Act 1908). C'était créer d'une façon détournée la société en commandite par actions. La commandite par actions qui est en France un type autonome de société par actions, *issu par transformation des sociétés de personnes*. (Limitation du risque au montant de la part sociale. Contrat de commande) est, dans le Royaume-Uni, un aspect de la Société anonyme.

Les sociétés par actions britanniques après avoir été soumises à la réglementation d'une série d'acts spéciaux plus ou moins importants, échelonnés de 1825 à 1907, sont régies actuellement par l'act fondamental du 21 décembre 1908.

Leur constitution est basée sur une large publicité par enregistrement (2) avec vérification préalable des formalités constitutives par un fonctionnaire spécialisé, le « Registrar » qui possède sensiblement les pouvoirs d'information d'un magistrat. Nous avons trouvé des dispositions analogues en Allemagne et en

(1) « L'Act » britannique est synonyme de « loi ».

(2) C'est déjà sur la formalité d'enregistrement, nous l'avons vu, qu'est également établie la distinction fondamentale des sociétés britanniques : sociétés incorporées, ou compagnies et sociétés non incorporées ou partnerships.

Italie, pas en France ni en Belgique où la vérification des opérations de constitution incombe uniquement à l'assemblée générale constitutive. En France, cependant, le dépôt des pièces aux greffes des tribunaux de commerce et de paix où le public peut en prendre connaissance est un enregistrement, mais un enregistrement qui n'est précédé d'aucune vérification.

Comme partout ailleurs, la société limited peut-être constituée par formation simultanée, entre les seuls promoteurs, ou par formation successive, par voie d'appel au public. Cependant dans le Royaume-Uni le procédé de la formation simultanée est peu usitée : il y perd une partie de ses avantages qui est de permettre la constitution immédiate de la société et la suppression de la période constitutive du fait que l'on peut obtenir les mêmes résultats avec le procédé de la formation successive telle que l'a organisée le législateur britannique.

La constitution d'une société anonyme britannique (Company limited by shares) comporte 3 phases bien distinctes :

Première phase. — *Mémorandum d'association. Statutory Declaration. Articles of Association ou statuts. Délivrance d'un premier certificat dit « certificat d'incorporation. »*

Dans la première phase, sept fondateurs. (Promoters), nombre minimum exigé par la loi britannique, souscripteurs d'au moins chacun une action, établis-

sent et signent un premier document appelé le « Mé-morandum d'Association ». Ils y joignent un autre document, « La Statutory Déclaration », dans lequel un solicitor de la Haute cour (3), ou le secrétaire, ou un administrateur de la compagnie, nommés dans les statuts, déclarent sous serment au Registrar que les prescriptions légales ont bien été observées pour constituer la société.

Le mémorandum d'association et la Statutory déclaration accompagnés de certaines pièces justificatives et des articles d'association ou statuts, s'il en a été établi — nous verrons qu'ils sont facultatif — sont déposées par les promoteurs à Londres, Edimbourg ou Dublin suivant la partie du Royaume-Uni où se trouve fixé le siège social, au greffe d'un bureau officiel relevant du ministère du commerce (Companies Registration Office) et chargé de l'enregistrement. Le fonctionnaire préposé au greffe est le Registrar ou greffier des compagnies qui prend connaissance des pièces déposées et vérifie si les prescriptions légales ont bien été observées. Si la constitution lui paraît régulière, le registrar enregistre les pièces déposées et délivre à la compagnie un *premier certificat* le « *certificat d'incorporation* » qui lui donne l'existence légale (Art. 16, act 1908). Dès cet instant la so-

(3) Le solicitor britannique est un officier ministériel qui tient à la fois de l'avocat et de l'avoué. Il n'a pas son équivalent en France et joue dans la compagnie le rôle d'avocat-conseil.

ciété existe et chose la plus curieuse, elle existe sans capital social.

La constitution quasi immédiate de la société — l'incorporation peut être obtenue très rapidement — suivie nous le verrons, de la souscription du capital social, produit des conséquences importantes :

1° La période constitutive est en partie supprimée ;

2° La société étant constituée lorsqu'il est procédé à la souscription du capital social, c'est directement, avec la société représentée par les organes qualifiés, que contracte le souscripteur. Il n'y a plus à rechercher si la société existe réellement ou n'existe pas lors de la souscription ni en quelle qualité les fondateurs interviennent au contrat. Ceux-ci seront toujours les *mandataires* de la société constituée. Ainsi se trouve supprimée une controverse célèbre.

3° De même pour les apports en nature. En France les apports, leur évaluation, et la vérification qui en est faite, font partie des opérations constitutives de la société non encore née. Dans le Royaume-Uni l'apporteur britannique réalise purement et simplement un contrat *avec une compagnie déjà née* qui prend position d'acheteuse : ces contrats sont préliminaires, provisoires ou définitifs selon qu'ils ont été passés dans la première, dans la deuxième ou dans la troisième phase. Les contrats préliminaires engagent la responsabilité des seuls promoteurs, puisque le droit britannique n'admet pas que ceux-ci (les promoteurs) puissent valablement stipuler pour une personne mo-

rale inexistante, la société. Les contrats préliminaires provisoires auxquels intervient la compagnie qui se trouve dès lors engagés. Les contrats provisoires sont remplacés dès l'incorporation par des contrats — contrats passés après la délivrance du premier certificat et contrats préliminaires acceptés par la compagnie après l'incorporation — engageant la responsabilité personnelle des administrateurs ; *ils deviennent définitifs par l'approbation de l'assemblée statutaire et c'est alors seulement qu'ils engagent la responsabilité de la compagnie.* Les contrats définitifs—contrats passés après la délivrance du deuxième certificat et contrats provisoires ratifiés par l'assemblée statutaire — engagent seuls la responsabilité de la compagnie.

Ainsi, comme dans les autres législations, les contrats d'apports n'engagent la compagnie que s'ils sont devenus définitifs par l'acceptation de l'assemblée statutaire.

2^e phase. — *Enregistrement du prospectus. Souscription. Versement. Nouvelle déclaration concernant la souscription et le versement. Délivrance d'un deuxième certificat.*

Cependant la société constituée par la délivrance du certificat d'incorporation, *jouissant désormais d'une personnalité juridique propre*, distincte de celle des associés, ne possède pas la pleine capacité juri-

dique (1). Elle vit mais elle ne peut agir. Il lui faudra, pour commencer ses opérations, obtenir du registrar un deuxième certificat subordonné à l'observation de certaines conditions, savoir :

1° L'enregistrement d'un prospectus ou d'une déclaration en tenant lieu :

2° La souscription des actions numéraire à concurrence du minimum fixé dans le memorandum et les statuts ;

3° Le versement par les administrateurs (directors) sur le montant de chacune des actions qu'ils ont souscrites, du minimum prescrit par la loi (5 %) ou stipulé au prospectus ;

4° La déclaration sous serment effectuée par un administrateur ou par le secrétaire de la compagnie au registrar, que les conditions précédentes relatives à la souscription et au versement ont bien été observées. Cette déclaration est réalisée par le dépôt au registrar d'un certificat dans ce sens.

Alors seulement le registrar délivrera à la société, le deuxième certificat qui lui permettra d'agir.

Le législateur briannique après avoir réduit au minimum les formalités nécessaires à la constitution d'une société limited (première phase), quasi immédiate et sans période constitutive, a hésité devant les

(1) M. Fernand Laurent ; op. cit., compare justement la capacité de la société constituée par l'obtention de son certificat d'incorporation à la capacité de l'impubère, infans du droit romain.

graves conséquences qu'eût pu entraîner le fonctionnement d'une société constituée sur ces bases, sans autre garantie. Il revient, avec les formalités de la deuxième phase au système de la réglementation adopté par la plupart des Etats européens dont la législation exige que la société dispose d'un fonds de premier établissement suffisant pour fonctionner valablement. Cette tendance de la législation britannique est tout à fait remarquable. Nous la retrouverons à différentes reprises. Elle détruit les arguments des partisans du laisser-faire qui citent en exemple la législation britannique. Celle-ci évolue nettement vers une constitution réglementée.

3^e phase. — *Assemblée générale statutaire*. La troisième phase de la constitution est caractérisée par la tenue de l'assemblée générale statutaire qui doit avoir lieu entre le 30^e et le 90^e jour après l'obtention du deuxième certificat autorisant la société à commencer ses affaires.

Tout actionnaire a le droit de demander la mise en liquidation judiciaire de la compagnie dont l'assemblée générale statutaire n'a pas été tenue dans les délais prescrits.

La tenue de l'assemblée générale rend la compagnie absolument intangible tant qu'elle fait honneur à sa signature (Fernand Laurent, thèse).

Telle est, rapidement exposé, le mécanisme de constitution d'une société limited britannique.

Constitution pour ainsi dire immédiate et sans pé-

riode constitutive, souscription du capital social postérieure à la constitution, publicité par enregistrement concomitante à la constitution sont les traits caractéristiques de cette législation originale.

Au reste, nous retrouvons plus ou moins transformées la plupart des formalités constitutives utilisées par les autres nations :

1° Les statuts avec les articles d'association, dont le rôle capital par ailleurs n'est qu'accessoire en législation britannique. Nous verrons cependant que le législateur britannique a pris certaines précautions quant à leur rédaction et prescrit notamment d'utiliser la forme d'acte la plus solennelle, le Deed, qui correspond en Angleterre à l'acte notarié français (Fernand Laurent, thèse, statuts).

2° La souscription des actions qui n'est pas forcément intégrale.

3° Depuis 1900 un versement légal minimum de 5 % sur chaque action.

4° Une double déclaration au Registrar que les formalités légales ont bien été observées. La première, la statutory declaration, est effectuée avant la délivrance du certificat d'incorporation (1^{er} certificat) qui constitue la société. La deuxième déclaration est effectuée avant la délivrance du deuxième certificat qui permet à la société de commencer ses opérations.

5° Enfin la tenue d'une Assemblée dite statutaire dont le rôle vérificateur essentiel dans les autres lé-

gislations est affaibli en législation britannique par le contrôle du registrar.

Pour faciliter la compréhension du mécanisme de constitution dont nous venons de faire l'exposé synthétique, nous allons analyser rapidement chacune des opérations principales de la constitution.

Mémoire d'association. — Il est le document essentiel de la constitution.

Par sa nature il tient des statuts sociaux dont il constitue l'armature ; il tient aussi du prospectus puisque son enregistrement qui précède la souscription des actions renseigne les futurs souscripteurs sur les points qu'ils ont le plus d'intérêt à connaître nom de la compagnie, objet, siège social, etc. L'enregistrement du *memorandum d'association* constaté par la délivrance du certificat d'incorporation constitue aussi la publicité légale postconstitutive qui atteste au monde des affaires qu'un être moral nouveau est né à la vie juridique. Le *memorandum d'association* est donc tout à la fois, statuts, prospectus et base de la publicité légale de constitution. Nous concevons difficilement en France ce rôle multiple : il est la conséquence de l'ordre original adopté par la législation britannique qui constitue la société avant de procéder aux opérations dites constitutives dans les autres législations précisément parce qu'elles précèdent et préparent la constitution.

Dans une compagnie par actions publique le *memorandum* doit être signé par sept souscripteurs d'au

moins une action. Le minimum de sept fondateurs exigé par la loi britannique pour constituer la société anonyme a été adopté nous l'avons vu par la plupart des autres législations européennes.

Tout mémorandum d'association doit contenir :

1° Le nom de la compagnie (1).

2° La déclaration que la responsabilité est limitée.

3 L'adresse du siège social.

4° L'objet de la société.

5° Le capital, le nombre des actions et leur taux.

6° Les noms de sept souscripteurs signataires du mémorandum et l'indication du nombre d'actions souscrites par chacun d'eux.

Statutory Declaration. — C'est une première déclaration effectuée par un administrateur ou même le secrétaire de la société s'ils ont été nommés dans les statuts à défaut d'un solicitor de la Haute-Cour (V. Supra), certifiant au registrar auquel les pièces ont été déposées à fin d'inscription, que les formalités légales prescrites (nombre minimum de sept associés, mentions au memorandum, etc.) ont bien été observées. Le registrar peut s'en rapporter purement et simplement aux déclarations qui lui ont été faites ou bien les vérifier : cette faculté n'est pas sans affaiblir la force probante de la Statutory-Déclaration.

(1) La compagnie Limited peut avoir une raison sociale comprenant le nom d'un ou plusieurs associés. Le mot, « Limited » qui doit être accolé à la dénomination sociale empêche toute confusion.

Statuts ou articles d'association. — Les statuts qui sont dans toutes les autres législations le document essentiel de la constitution, la charte organique appelée à régir l'existence sociale, n'ont plus dans l'empire britannique qu'un rôle accessoire. Ils sont le complément du mémorandum d'association véritable armature de la compagnie qui sert à la fois de contrôle et de frein à l'initiative de la compagnie (Fernand Laurent). Et le même auteur de citer la définition donnée par Lord Cairns du Mémorandum d'Association « le Mémorandum est en quelque sorte la barrière au delà de laquelle l'action de la compagnie ne peut plus s'exercer : dans la limite de cette barrière les actionnaires peuvent édifier tous les règlements qu'ils jugent convenables pour leur gouvernement intérieur ». Ces règlements d'ordre intérieur forment l'objet des statuts britanniques. La charte sociale contenue en un seul document, les statuts, dans toutes les autres législations, nécessite pour son établissement deux documents complémentaires dans l'Empire britannique ; le Mémorandum d'Association et les statuts proprement dits. Conséquence de l'importance différente de ces deux documents : s'il est aisé de modifier les articles d'Association, il est très difficile de modifier le Mémorandum d'Association.

Le législateur britannique semble bien s'être désintéressé des statuts puisqu'il les a déclarés facultatifs et n'a prescrit aucune mention obligatoire rela-

tivement au contenu de ceux qui étaient rédigés. Cependant son désintéressement n'est qu'apparent si l'on considère qu'à l'absence de statuts sociaux il a suppléé en établissant des statuts types ou légaux (tableau A) que devront observer les sociétés qui n'ont pas de statuts personnels ou celles dont les statuts sont incomplets ou obscurs ; dans ces dernières sociétés on complètera ou on interprètera les clauses qu'ilaissent à désirer à l'aide des statuts légaux. On a beaucoup discuté sur l'utilité de pareils statuts. En leur faveur on a dit qu'ils étaient un guide sûr pour les promoteurs embarrassés. Contre eux on a invoqué leur manque de souplesse, car si bien rédigés soient-ils, ils ne peuvent envisager toutes les situations possibles au cours de l'existence juridique sociale ; situations essentiellement subjectives et fonctions non seulement du type social adopté mais encore d'une foule de circonstances relatives aux éléments propres de chaque société (objet, capital social, siège, administration, modifications ultérieures, liquidation) et variables avec chacune d'elle, relatives également aux phénomènes économiques, politiques ou sociaux qu'il est impossible de prévoir, etc... Nous admettons le bien fondé de ces raisons et que le cadre rigide et trop étroit des statuts types doive être écarté, nous ne saurions admettre cependant que les fondateurs soient livrés à eux-mêmes et laissés sans direction aucune comme dans la loi française de 1867. Nous préférons à ces deux législations extrêmes le

système mixte adopté par les lois belge, italienne et allemande et qui consiste à laisser toute liberté aux fondateurs dans la rédaction des statuts *pourvu qu'ils y insèrent certaines mentions jugées essentielles et limitativement déterminées par la loi*. Les promoteurs jouissent ainsi d'une latitude suffisante sans risquer des omissions essentielles capables de vicier les statuts dès l'origine.

De même qu'elle réglemente le contenu des statuts (statuts types applicables au cas d'absence, d'omission ou d'obscurité dans les statuts sociaux), de même la législation britannique règle la forme des articles d'association (Art. 12, act. 1908).

Ils doivent :

1° Être imprimés ;

2° Divisés en paragraphes numérotés consécutivement ;

3° Timbrés comme un deed.

Le deed est un écrit sous seing privé mais d'une nature particulière soumis à certaines formalités qui en font un acte solennel très proche de notre acte authentique. Il est écrit sur papier ou parchemin, scellé conformément aux prescriptions légales (les Anglais attachent à l'apposition du sceau un effet solennel) et destiné à prouver que la personne dont il émane a donné son consentement aux diverses énonciations qu'il contient. Le deed joue dans le Royaume-Uni le même rôle qu'en France les actes notariés (Fernand Laurent, thèse, des statuts).

4° Signés par chacun des signataires du mémorandum en présence d'un témoin au moins qui atteste les signatures.

La législation britannique qui n'exige pas la rédaction des statuts en réglemeⁿt cependant le fond avec les statuts types et la forme lorsqu'il en existe. Et elle choisit la forme la plus solennelle avec le « Deed » qui remplace outre-Manche l'acte authentique français. *Elle est donc à cet égard plus rigoureuse que la nôtre qui permet de rédiger les statuts sous seing privé.* (Fernand Laurent, thèse, des statuts).

Le Mémorandum d'Association, la Statutory Déclaration et les statuts s'il en a été rédigé sont remis au régistrar pour être vérifiés et incorporés. Si les prescriptions légales ont bien été observées, le régistrar procède à l'incorporation et délivre un premier certificat dit d'incorporation qui constitue la société. La première phase de la constitution est terminée. (V. supra).

Prospectus. — L'institution du prospectus est d'origine britannique. Elle a été adoptée depuis par la plupart des autres législations : législation belge, législation allemande, législation italienne, voire même législation française depuis que la loi du 30 janvier 1907 exige préalablement à l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché de titres de sociétés par actions françaises ou étrangères, la publication d'une notice explicative au bulletin annexe au *Journal officiel*.

Cette notice préalable à l'émission publique de titres n'est cependant pas comparable au prospectus britannique :

Il existe 2 grosses différences :

1° Le prospectus britannique est obligatoire (1) pour une compagnie publique dans tous les cas, qu'il y ait ou non souscription publique de titres. La notice française n'est exigée qu'au cas d'émission publique ;

2° Le prospectus britannique est toujours publié par incorporation (2) ; c'est une condition indispensable pour que la société puisse commencer ses affaires (supra). La notice est publiée par voie de la presse (insertion au *Journal officiel*). Or les intéressés pourront trouver plus facilement et plus sûrement les renseignements qu'ils cherchent au bureau du régistrar qui les centralise et les conserve pour former un véritable casier d'état-civil au nom de chaque société, plutôt que parmi les feuillets innombrables du *Journal officiel*.

3° Enfin le prospectus anglais est beaucoup plus complet que notre notice ainsi qu'il ressort de la comparaison suivante :

(1) Si les fondateurs britanniques n'émettent aucun prospectus, ils doivent déposer au bureau du Régistrar une déclaration qui en tient lieu ce qui revient au même.

(2) Il peut également être publié par voie de la presse. Mais cette publicité n'a rien d'officiel et n'est pas obligatoire.

Depuis 1900 le prospectus britannique doit contenir : (Art. 81, act 1908) :

1° La reproduction du Mémorandum avec les noms et adresses des souscripteurs signataires et le nombre d'actions souscrites par chacun d'eux ;

2° Les noms, adresses et professions des administrateurs (directors) et leur rémunération ;

3° Le nombre d'actions nécessaire à leur qualification ;

4° Le chiffre de la souscription minima à laquelle est subordonnée la répartition, si tant est qu'il ait été fixé un minimum par les statuts, ce qui, nous le verrons, n'est pas obligatoire ;

5° Le détail des actions et obligations émises libérées autrement qu'en espèces ;

6° Les noms, adresses des cédants non encore payés qui doivent l'être en actions, et dans quelle proportion ;

7° Les sommes en espèces déboursées ou à déboursier par la compagnie pour le règlement de ses acquisitions ;

8° Les clauses des contrats passés avec les intermédiaires et courtiers pour émission ;

9° Le détail des frais préliminaires ;

10° La rémunération des promoteurs, sous quelque forme que ce soit ;

11° *Tous contrats importants passés par la compagnie ou en son nom dans les deux années précédant la publication du prospectus avec les noms de*

toutes les personnes qui y ont été parties, la date de ces contrats et l'indication du jour, de l'heure et de l'endroit où ils pourront être consultés ;

12° Les noms et adresses des commissaires des comptes (auditeurs) et leur rémunération ;

13° L'intérêt des administrateurs dans la promotion ;

14° Le droit de vote accordé à chaque catégorie d'actions.

Un prospectus qui ne renfermerait pas ces indications serait un acte frauduleux imputable aux promoteurs. Il engagerait leur responsabilité civile et pénale mais les souscripteurs lésés ne pourraient se baser sur ce fait pour réclamer l'annulation de leur souscription.

Avant 1900 la loi britannique n'exigeait en principe aucune publicité avant la souscription publique. En fait, cependant, et par la force même des choses, il fallait bien faire connaître au public appelé à souscrire, la création de la compagnie et les conditions mêmes de cette création ; les promoteurs dès l'obtention du certificat d'incorporation établissaient un prospectus qu'ils répandaient ensuite dans le public. Ce prospectus alors facultatif et non réglementé a été rendu obligatoire et réglementé par l'act de 1900. C'est un nouveau progrès de la législation britannique vers la réglementation.

La notice française se borne à indiquer (Art. 3, § 2, loi de finances du 30 janvier 1907).

- 1° La dénomination de la société ;
- 2° L'indication de la législation (française ou étrangère), sous le régime de laquelle fonctionne la société ;
- 3° Le siège social ;
- 4° L'objet de l'entreprise ;
- 5° La durée de la société ;
- 6° Le montant du capital social, le taux de chaque catégorie d'actions et le capital non libéré ;
- 7° Le dernier bilan certifié pour copie conforme ou la mention qu'il n'en a pas encore été dressé ;
- 8° Le montant des obligations déjà émises ;
- 9° Les apports en nature et avantages particuliers ;
- 10° Les modalités de convocation aux assemblées générales.

Outre la notice qui doit être *obligatoirement* publiée au *Journal officiel* (bulletin annexe) avant toute souscription publique de titre, la loi française du 30 janvier 1907 parle des « affiches, *prospectus* et circulaires qui devront reproduire les énonciations de la notice et contenir mention de l'insertion de la dite notice au Bulletin annexe du *Journal officiel*, avec référence au numéro dans lequel elle aura été publiée ». (Art. 3, § 6, loi 30 janvier 1907). Le prospectus dont il est question dans cet article n'a rien de commun avec le prospectus anglais, ni même avec la notice dont il est la reproduction: il n'est jamais obligatoire et constitue une simple réclame réglementaire.

Dans le Royaume-Uni comme dans les autres pays

la publication du prospectus précède la souscription des titres.

Souscription. — Contrairement à l'ordre adopté par les autres législations, la souscription du capital social dans une « limited » britannique est effectuée après la constitution de la compagnie.

La souscription intégrale du capital social n'est pas exigée expressément par la loi. Cependant nous avons vu que le régistral ne délivrera à la compagnie le deuxième certificat l'autorisant à commencer ses affaires que si les actions numéraires ont été souscrites à concurrence du minimum fixé dans le Mémorandum et les statuts. S'il n'est pas fixé de minimum, le régistral exigera la souscription intégrale du capital social pour accorder son autorisation. Généralement un minimum est fixé par les promoteurs.

Il convient de remarquer que la loi britannique qui semble excessivement libérale aussi bien en ce qui concerne la souscription du capital social qu'en ce qui concerne l'établissement des articles d'association ou statuts, est au fond semblable aux autres législations. En instituant le Mémorandum d'Association et des statuts types, elle régleme le statut social, elle exige un minimum de souscription, voire un minimum de souscription assez important en en faisant une condition indispensable à la délivrance du deuxième certificat. Son libéralisme est donc plus apparent que réel et elle revient indirectement à la réglementation.

La loi britannique n'exige pas de forme spéciale pour la demande de souscription qui pourra résulter d'une simple lettre missive. En fait, elle est toujours constatée comme dans les autres législations par un bulletin spécial.

Versement. — L'act de 1908 exige qu'un versement minimum de 5 % soit opéré sur le montant nominal de chaque action souscrite, minimum bien faible comparé à celui qu'exigent les législations française (1/4), belge (1/5), allemande (1/4), italienne (3/10). Si l'on considère que les fondateurs peuvent fixer au *Mémorandum d'Association* un minimum de souscription insignifiant, il s'ensuit que la société pourra commencer à fonctionner avec un capital infime. Anémiée dès le début, il lui faudra, pour retrouver les forces nécessaires procéder à un nouvel appel de fonds, peu de temps après sa constitution d'où de nouveaux frais et des dérangements inutiles. L'inconvénient serait d'importance si le législateur britannique n'était intervenu. Pour le versement légal, comme pour la souscription initiale du capital social, comme pour l'établissement des statuts, il tempère par de sages mesures de précaution ce qu'a d'excessif son libéralisme apparent. Là encore la loi britannique revient indirectement à la liberté réglementée qu'ont adoptée les autres législations. Elle les suit de loin, il est vrai, mais elle les suit dans la voie de la réglementation.

La loi belge de 1873 comme la loi allemande de 1870 n'exigeaient tout d'abord qu'un versement du

1/10 sur le montant nominal de chaque action souscrite. Ce minimum de versement a été porté au 1/5 en Belgique par la loi de 1913, au 1/4 en Allemagne par la loi de 1884. Nous retrouvons la même progression dans la loi britannique : Jusqu'en 1900 elle n'exige aucun versement. L'act de 1900 exige pour la première fois un versement légal minimum de 5 % sur le montant nominal de chaque action souscrite. Enfin l'act de 1908 maintient cette disposition et il la renforce. Il prescrit en son article 85 (Act 1908, art. 85) :

1° Que mention expresse doit être faite dans le prospectus de la souscription minima et du taux de versement.

2° Que les actions d'une compagnie ne seront admises à la cote du Stock Exchange que sous les conditions suivantes :

a) Emission de la moitié du capital social ;

b) Versement de 10 % sur le capital souscrit.

Cela revient à exiger de toute société importante un minimum de souscription de moitié du capital social et un versement légal du 1/10 au moins sur le montant de chaque action souscrite.

En principe, la législation britannique laisse aux promoteurs la plus grande liberté pour fixer les taux de souscription et versements, en réalité et grâce aux dispositions précédentes elle les règle comme font les autres législations.

Si dans les quarante jours qui suivent la pre-

mière publication du prospectus, le minimum de souscription n'est pas atteint, et le minimum de versement effectué, toutes les sommes versées par les souscripteurs doivent leur être immédiatement remboursées sans intérêt.

La loi britannique qui fixe un délai très court pour ouvrir souscriptions et versements, se montre plus rigoureuse que la loi française qui ne fixe aucun délai et s'en remet à l'appréciation du tribunal du soin de décider si la période de souscription doit être considérée comme close ou non close.

Déclaration de souscription et de versement. — La constitution d'une compagnie limited comporte une double déclaration par un administrateur ou le secrétaire de la compagnie au registrar que les formalités légales ont bien été observées.

La première, la Statutory Déclaration précède la délivrance du premier certificat ou certificat d'incorporation.

La deuxième, la déclaration de souscription et de versement, précède la délivrance du deuxième certificat.

Assemblée générale statutaire. — Son importance est moindre que dans les autres législations, une partie de ses pouvoirs de vérification, notamment ceux qui concernent la vérification de la constitution ayant été confiés au registrar par la loi britannique. Elle n'a pas non plus à prononcer expressément ou

tacitement la constitution définitive de la compagnie qui est déjà constituée.

Cependant :

1° Elle nomme les administrateurs et fixe leurs émoluments s'ils ne l'ont été dans les statuts ;

2° Si les administrateurs ont été nommés dans les statuts ils donnent connaissance à l'assemblée statutaire de la répartition des titres et les actionnaires peuvent demander tous renseignements utiles sur les affaires sociales ;

3° Enfin elle ratifie le contrat d'apport (V. supra), non pas que la non acceptation des apports par l'assemblée statutaire puisse faire échouer la constitution. La ratification de l'assemblée statutaire n'est qu'un *acte de contrôle*. Elle pourra accepter, modifier ou même rejeter les apports sans que la société constituée, par l'enregistrement du Mémoire d'apport puisse être menacée dans son existence. Dans les autres législations, au contraire, la vérification des apports est un *acte de constitution* qu'un vote défavorable de l'assemblée pourra faire échouer.

C'est à l'aide d'une large publicité préventive basée sur un prospectus détaillé, publicité qu'elle combine avec l'expertise des apports, que la loi britannique lutte contre les majorations d'apports.

Nous avons vu que le législateur belge avait imité le législateur britannique et préféré à la vérification des apports par l'assemblée constituante une large **publicité préventive**.

Il n'a pas adopté cependant, à tort à notre avis, l'expertise utilisée dans le Royaume-Uni.

L'expertise britannique n'est pas obligatoire, mais elle est passée dans les mœurs, et il n'est pas de société de quelque importance qui ne lui soumette l'appréciation des apports en nature et même la comptabilité courante de la société. Elle est effectuée par un corps d'experts spécialisés les « Chartered Accountants », qui sont soumis à de sévères conditions de recrutement, et jouissent d'une réputation méritée de compétence et d'honnêteté.

Incorporation — Publicité. — L'incorporation joue un rôle prépondérant Outre-Manche. Elle constitue la société en même temps qu'elle la publie. Nous avons vu déjà dans les législations qui admettent l'enregistrement que cette formalité participait à la fois de la constitution et de la publicité, mais qu'elle ne formait pas à elle seule toute la publicité : Il y avait en outre lieu à publicité par la voie de la presse. Dans le Royaume-Uni, au contraire, la publicité par la voie de la presse n'existe pas. On ne trouve que la publicité par enregistrement (toute personne peut réclamer aux « Companies Registration Office) un exemplaire du certificat d'incorporation), complété par la publicité du prospectus qui précède l'émission.

Alors que partout ailleurs, sauf en France, on trouve deux publicités bien distinctes, l'une préalable et l'autre postérieure à la constitution, le système britannique ne connaît qu'une seule sorte de publi-

citée qui est tout à la fois postérieure à la constitution et préalable à la souscription.

L'enregistrement des pièces est dans les autres législations, la dernière des opérations constitutives, celle qui constitue définitivement la société. L'enregistrement constitue également la société dans le Royaume-Uni, mais il est la première des opérations constitutives.

Dans le Royaume-Uni, toutes les pièces les plus importantes — Mémoire d'Association, prospectus, délibération de l'assemblée générale qui décide de l'augmentation ou de la réduction du capital, etc. — doivent être communiquées au régistreur à fin d'incorporation. *Il est ainsi constitué au bureau d'enregistrement (Companies Registration Office) un office centralisateur où l'on peut trouver tous renseignements utiles sur les sociétés. Le registre d'incorporation constitue un véritable registre d'état-civil des sociétés par actions.*

Le régistreur jouit de pouvoirs de contrôle étendus. C'est lui qui vérifie la régularité des opérations de la constitution, vérification dévolue à l'assemblée générale constitutive dans les autres législations, et les certificats qu'il délivre établissent *sans preuve contraire possible* que les formalités légales ont bien été observées par la compagnie. La compagnie enregistrée est désormais inattaquable.

Remarque. — La législation britannique qui n'utilise pas les services du notaire, pour cette excellente

raison qu'il n'existe pas dans le Royaume-Uni d'officier ministériel correspondant, exige cependant la forme d'acte la plus solennelle avec le « Deed » qui remplace outre-Manche l'acte authentique français.

Il convient de remarquer également que c'est dans la forme et dans l'ordre adopté plutôt qu'au fond que la législation britannique diffère des législations continentales en matière de constitution de sociétés par actions. Depuis 1900 et surtout 1908 elle évolue franchement vers la réglementation.

TROISIÈME PARTIE

QUEL DOIT ETRE LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Une indication précieuse nous est fournie par l'examen comparé de notre propre législation et des législations étrangères.

Sauf exception, en effet, — il existe des institutions juridiques qui sont propres à chaque pays parce qu'elles ne peuvent convenir qu'aux mœurs et au tempérament de ses habitants — il n'est pas de raison pour que les mêmes institutions qui donnent de bons résultats chez nos voisins, chez les peuples proches par le sang comme par les frontières, les belges, par exemple, ou les italiens, ne procurent pas en France les mêmes avantages, si le législateur sait les adapter à nos besoins par des modifications judiciaires.

Après avoir exposé dans un premier titre les résultats fournis par l'examen du droit comparé et par l'expérience, nous nous efforcerons, dans un titre deuxième, d'en tirer un enseignement pour déterminer quelle devrait être, à l'avenir, dans l'intérêt de l'Etat et des particuliers, la participation du notaire

à la constitution des sociétés par actions. Enfin, dans un troisième et dernier titre nous indiquerons les objections qui ont été formulées contre l'intervention du notaire, pour les réfuter, et nous rappellerons les vœux du commerce et de l'industrie après le dépôt du projet de loi concernant la réforme de notre législation sur les sociétés par actions.

TITRE I.

Résultats fournis par l'examen du droit comparé et par l'expérience

SOMMAIRE. — La disposition du projet de loi sur la réforme de la législation des sociétés par actions en France, qui supprime le concours obligatoire du notaire à la constitution des sociétés par actions est contraire à la législation française traditionnelle, contraire aux dispositions des principales législations étrangères, contraire à l'intérêt général bien compris.

Il résulte des développements précédents :

I. — *Que le projet de 1903 qui évince le notaire de la constitution des sociétés par actions est en contradiction avec la législation française traditionnelle.*

De tout temps le notaire est intervenu à la constitution des sociétés par actions françaises. Il n'est pas jusqu'au législateur de 1867 qui, après avoir sup-

primé en principe la nécessité de l'acte authentique de société n'ait assuré en fait avec la formalité obligatoire de la déclaration notariée de souscription et versement la participation du notaire à la constitution. Nous avons vu les formes multiples sous lesquelles se tradusait cette participation : mission légale et surtout mission extralégale avec à la charge du notaire, la lourde responsabilité d'un mandat tacite toujours reconnu en fait par la jurisprudence qui faisait ainsi du notaire un véritable mandataire légal à la constitution pour le plus grand bien de l'épargne. La supériorité du notaire est incontestable pour accomplir les formalités de transcription et de purge, et pour établir les origines de propriété au cas de transmission d'immeubles ou de fond de commerce (1). C'est aussi le notaire qui conseille les parties en toutes circonstances embarrassantes, pour rédiger les statuts et surtout les clauses d'apports dont l'importance est considérable (2) ; il vérifie également

(1) M. Colin, op. cit., p. 81.

(2) « chacun sait combien est délicate au point de vue fiscal la rédaction d'un contrat de société, dit M^e Paul Maria, notaire à Marseille dans le rapport qu'il a présenté au 16^e Congrès des notaires de France tenu à Marseille en juin 1906. Une rédaction imprudente et inhabile se traduira souvent par des droits d'enregistrement considérables qui causeront aux intéressés de douloureuses surprises, alors qu'il eût été facile de ramener la perception fiscale à de plus justes proportions par une rédaction mieux appropriée. Il faut n'avoir jamais constitué de société pour ne pas avoir été le témoin de quelqu'une de ces réclamations formidables des receveurs qui glacent d'effroi les fondateurs

sous sa responsabilité l'identité et la capacité des comparants ainsi que la régularité des pouvoirs conférés, enfin il veille en sa qualité de mandataire exprès ou tacite, à ce que la société soit régulièrement constituée et publiée.

Qui donc après la suppression de la déclaration notariée de souscription et versement remplirait ces diverses fonctions ? qui donc s'assurerait que tout s'est passé régulièrement, en la forme tout au moins, dans la cuisine de la constitution ? Pas le greffier, assurément auquel la commission de réforme a confié le soin de recevoir dorénavant la déclaration des fondateurs. Sans vouloir médire de cet officier ministériel, on peut assurer qu'il n'a pas la compétence voulue pour remplir les fonctions délicates qui caractérisent la mission extralégale du notaire. Il n'y est pré-

et ont pour résultat de grossir démesurément les frais de constitution. Or, la crainte du receveur pour le rédacteur des statuts doit être le commencement de la sagesse. Les agents du fisc guettent les contrats au tournant de chaque clause et, malheur au rédacteur inexpérimenté qui se sera livré à des énonciations imprudentes ou qui n'aura pas su se garder suffisamment contre les rigueurs de la loi de frimaire si pleine d'écueils. Il faut donc si l'on veut éviter de pénibles et onéreuses surprises, que les actes soient établis par des praticiens rompus au mécanisme de la loi fiscale. Dans cet ordre d'idées vous me reconnaitrez, j'espère, le droit d'affirmer que les notaires mieux que quiconque, par leurs rapports journaliers avec l'administration de l'enregistrement, ont acquis en la matière une expérience et une autorité incontestables dont les sociétés sont appelées à largement bénéficier. »

paré ni par ses études, ni par ses fonctions journalières. En chargeant le greffier de recevoir cette déclaration, a dit M^e René Nouel, avocat à la Cour d'appel de Paris, les auteurs du projet n'ont pas fait attention que le dépôt au greffe ne présentait pas les mêmes garanties que le dépôt en l'étude d'un notaire. Le notaire doit vérifier la régularité des pièces et ce *sous sa responsabilité* ; dès l'instant où une déclaration notariée existe on est à peu près sûr de sa régularité au moins en la forme ; le notaire s'assurera qu'elle indique bien la souscription de la totalité du capital et le versement du quart ; il ne manquera pas d'annexer le reçu de la banque. *Le greffier, au contraire, reçoit les pièces telles qu'on les lui donne* ; si on voulait l'obliger sans tenir compte de son rôle habituel, à vérifier sous sa responsabilité, il faudrait lui payer des honoraires analogues à ceux du notaire ; du reste, au moment du dépôt au greffe la société serait constituée (1).

II. — *Que le même projet est en contradiction également avec les principales législations étrangères.*

Toutes utilisent largement les services du notaire.

(1) Alors qu'en France la publicité a lieu après la constitution de la société, dans les autres législations elle est concomitante à la constitution avec la formalité d'immatriculation.

La législation belge pour : Rédiger les statuts sociaux à peine de nullité (art. 4, 31 et 32, loi du 18 mai 1873). — Présider l'Assemblée générale constitutive devant laquelle les fondateurs devront déclarer que tous les titres ont été souscrits et les versements légaux opérés (art. 3, même loi). — Etablir le procès-verbal des délibérations de l'Assemblée générale constitutive ; procès-verbal dont l'importance est considérable puisqu'il est l'aboutissement des autres formalités constitutives, la partie complémentaire et définitive de l'acte de société — Accomplir les formalités de publicité — Constater la décision de l'Assemblée générale extraordinaire qui décide d'augmenter le capital social.

La législation allemande pour rédiger les statuts dont « le contenu doit être arrêté par une délibération prise en justice ou devant notaire (art. 209, al. 1, loi 1884 et art. 182 code commerce) » ; et pour rédiger les procès-verbaux des Assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes « toute décision de l'Assemblée générale devant, pour être valable, faire l'objet d'un acte judiciaire ou notarié ».

La législation italienne, pour : — Rédiger les statuts et le procès-verbal d'Assemblée constitutive qui est l'acte de société définitif (art. 87, 128, 130 etc., code commerce) — Légaliser les signatures de fondateurs et les signatures des souscripteurs, afin d'éviter les substitutions de personnes — Parfois, prési-

der l'Assemblée générale constitutive (supra, p. 89).

— Déposer l'acte de société et les pièces annexes au greffe du tribunal civil du lieu du siège social, à fin d'inscription au registre du commerce, concurremment avec les administrateurs.

Même la législation britannique, très originale, prescrit l'usage du « Deed », la forme d'acte la plus solennelle, qui correspond Outre-Manche à l'acte notarié français, pour rédiger les statuts ou articles d'association.

Toutes ces législations exigent que la formalité d'authenticité prescrite soit observée à peine de nullité, et elles font du notaire le mandataire légal des parties pour les conseiller et les représenter bien qu'il existe déjà en Italie, en Allemagne et dans le Royaume-Uni un contrôle formel et même au fond par un magistrat ou un fonctionnaire spécialisé : tribunal italien. registerrichter allemand ou registrar britannique.

III. — *Que le projet de réforme de 1903 en supprimant la déclaration notariée de souscription et versement facilite les entreprises des fondateurs au détriment de l'épargne et du Trésor.*

. Au détriment de l'épargne, parce que le notaire, généralement honnête et au courant des affaires, aura vite compris, malgré leur apparence parfois trompeuse, les intentions véritables des fondateurs, et qu'il se refusera à participer à la constitution d'une

société qu'il sait être immorale ou frauduleuse (1). Même si la société a un but avoué, le notaire s'efforcera de limiter les ambitions des fondateurs toutes les fois qu'il lui sera demandé avis, pour les rétributions d'apports notamment et les attributions d'avantages particuliers ; il leur conseillera toujours de rester dans la légalité, en leur signalant au besoin les sanctions qu'ils encourent. Enfin le notaire dans ses fonctions officieuses est actuellement le seul préventif efficace contre les nullités de forme si préjudiciables à l'épargne.

Au détriment du *fisc*, parce qu'un grand nombre d'actes sous seings privés ne sont pas enregistrés ou s'ils le sont, contiennent des dissimulations de prix considérables (2). Il est difficile d'évaluer approxima-

(1) C'est ainsi que tout récemment deux notaires de Paris ont refusé de participer à la constitution de la « Société française pour l'élevage du renard argenté », doublée du « Syndicat d'éleveurs de renards argentés et d'animaux à fourrures » dont ils devinaient le caractère frauduleux.

Naturellement les fondateurs de telles sociétés auront recours à la forme sous seings privés pour établir les statuts que les notaires auront refusé de consigner dans les actes authentiques.

(2) *Extrait d'un rapport de M^e Javon, notaire à Charolles, à l'Association Nationale des notaires de France :*

« L'authenticité est utile, si l'Etat veut lutter avec efficacité contre les dissimulations qui se pratiquent au détriment de ses propres finances et pour le plus grand dommage des parties elles-mêmes. En effet, les intermédiaires tablent souvent sur les bénéfices qu'elles produisent pour mettre vendeurs et acquéreurs ou co-partageants d'accord. Mais cette pratique oblige l'Etat à augmenter peu à peu les tarifs pour récupérer dans une certaine mesure, une partie

tivement l'importance des sommes qui échappent ainsi au Trésor. Il y avait et il y a encore dans l'acte authentique obligatoire une source de revenus fort appréciables pour nos grands argentiers embarrassés. Au cours de la discussion de la loi des finances du 22 mars 1924, un amendement avait été proposé par MM. Faure et Magny pour soumettre à l'authenticité obligatoire, à peine de nullité, tous actes portant cession ou nantissement de fonds de commerce (1). *Cet amendement qui devait faire rentrer 200 millions dans les caisses du Trésor* (2) fut adopté successivement par la Commission des finances du Sénat et par le Sénat mais repoussé par la Chambre des députés après un rapport défavorable de sa Commis-

des droits dont il se trouve frustré ; elle fausse le jeu des reprises et récompense entre les époux qui ne s'en aperçoivent que plus tard, lors de la liquidation de leur communauté ; enfin elle porte un grave préjudice aux incapables, c'est-à-dire à ceux-là même auxquels le législateur doit aide et protection, car avec eux, il est impossible de dissimuler et, par suite, ils sont les seuls à supporter un poids d'autant plus lourd que la fraude est une des causes certaines de l'augmentation des tarifs. » (V. Bulletin de l'Association, novembre 1923, page 483).

(1) L'amendement additionnel était ainsi conçu Art. 25 bis : « Tous actes portant cession ou nantissement de fonds de commerce seront passés devant notaire dans la forme ordinaire des contrats et il en restera minute sous peine de nullité ». (J. O. séance du Sénat, 15 mars 1924, page 357).

(2) Avis de la Commission des finances du Sénat et de son rapporteur général.

sion des finances. Votre Commission, écrivait le rapporteur de la Commission des finances de la Chambre, au sujet de l'art. 25 bis devenu l'art. 28, *malgré tout l'intérêt que présente la mesure n'a pas cru pouvoir l'insérer dans le présent projet de loi*.⁽¹⁾ Et pourquoi la Commission des finances de la Chambre n'a-t-elle pu adopter l'amendement de MM. Faure et Magny ? parce que a-t-elle dit, la Commission du Commerce de l'Industrie de la Chambre était déjà saisie de propositions similaires et qu'il fallait atten-

(1) Naturellement le Sénat pour ne pas entrer, en lutte avec la Chambre dut abandonner sa première manière de voir, non sans regrets, ainsi qu'en témoignent ces paroles du rapporteur de la Commission des finances : « Art. 28. Cessions et nantissements de fonds de commerce. Sur l'initiative de MM. Faure et Magny le Sénat avait adopté un article 28 suivant lequel les nantissements et cessions de fonds de commerce devraient à l'avenir se faire devant notaire, sous la forme ordinaire des contrats. Cet article était destiné à réprimer une fraude qui, à l'heure actuelle, atteint une proportion considérable. La Chambre tout en reconnaissant le bien fondé de cet art 28 l'a cependant disjoint.... *Votre Commission regrette que la Chambre n'ait pas adopté immédiatement une disposition susceptible de fournir au Trésor des ressources immédiates et élevées.* Mais, par égard pour l'autre Assemblée, elle estime qu'elle doit donner à la commission du Commerce de la Chambre le temps d'achever son examen et avec l'espoir que cet examen sera prochainement terminé elle vous demande d'accepter la disjonction de l'art. 28 prononcée par la Chambre. (J. O. p. 469. Commentaires du bulletin de l'Association Nationale des notaires de France, n° du 30 mars 1924).

Il est regrettable que dans un but purement électoral et égoïste, le parlement sacrifie l'intérêt du pays dont les finances ne sont pas si brillantes qu'il puisse se permettre de faire des cadeaux.

dre qu'elle ait statué, en réalité parce que des personnes intéressées, agents d'affaires, commerçants et industriels désireux de frauder le fisc, sont allées trouver leurs députés pour leur demander de s'opposer à l'adoption de l'amendement Faure et Magny. *Si l'acte sous seings privés permet de soustraire 200 millions au fisc en matière de vente et nantissement de fonds de commerce, on conçoit quelles sommes considérables sortiront des caisses du Trésor le jour où l'usage du sous seings privés étant généralisé, toutes les sociétés par actions dont les capitaux se chiffrent par milliards, seront constituées par actes sous seings privés (1).* Nous comprenons que les personnes soient intéressées à supprimer l'intervention du notaire, nous ne comprenons pas qu'on leur sacrifie l'intérêt général.

Supprimer l'intervention du notaire à la constitution, en l'absence d'un Office des sociétés (2) ou d'un

(1) Il ne faut pas oublier *qu'en fait* tous les actes constitutifs des sociétés par actions sont notariés *parce que les fondateurs sont obligés de recourir au ministère du notaire pour opérer la déclaration de souscription et versement.*

(2) La plupart des législations étrangères possèdent un « Office des sociétés » où les intéressés peuvent obtenir gratuitement ou moyennant une faible rétribution tous renseignements utiles sur les sociétés. Diverses propositions ont été faites pour doter la France d'un « Office des sociétés » : Proposition de loi Géo-Gérald, tendant à créer sous le contrôle direct du gouvernement un « *Office National des sociétés anonymes* » (Gaz. des soc. 1913, p. 212 ; Pic, n° 1083, note 3). M. Bender préconise la création au Ministère de la Justice d'un « *Office public de renseignements*

organe vérificateur des formalités constitutives, c'est accroître dans des proportions considérables le nombre imposant des nullités, car, aucune des mesures préconisées par la réforme n'atteint son but :

Le greffier pour les raisons déjà exposées, ne peut exercer le rôle du notaire.

La publicité nouvelle par publication des statuts avant la souscription publique (1) et réglementation du bulletin de souscription (art. 1^{er} du projet) très utile aux hommes d'affaires, est insuffisante pour le grand public ignorant ou insouciant. On a parlé de faire l'éducation financière du public (2). L'idée est bonne en soi, mais croit-on sincèrement qu'on empêchera les confiants et les naïfs d'être le plus grand nombre ? Nous ne le pensons pas. L'éducation capitaliste pourra diminuer le nombre des victimes, ce qui la rend déjà très utile, elle ne pourra pas empêcher qu'il y ait des victimes. N'avons-nous pas vu en Angleterre, pays par excellence des « businesmans » où l'éducation capitaliste est la plus développée et la publicité minutieusement organisée, le dé-

sur les sociétés », où seraient centralisés tous renseignements utiles (V. la défense de l'épargne par la réforme des sociétés par actions ; Quest. prat. 1912, p. 242). M^e Linol préconise l'organisation d'un casier judiciaire et d'un casier commercial des sociétés par actions (Gaz. Soc. 1913 p. 75).

(1) La publication du projet des statuts n'est plus exigée par le projet de réforme au cas de constitution par la formation simultanée.

(2) Neymarck. « Que doit-on faire de son argent ? »

sastre des mines d'or et des affaires de caoutchouc à la fin du siècle dernier ? Si publicité et éducation capitaliste ne parviennent pas à prévenir les désastres financiers en Angleterre où le tempérament froid calculateur des habitants, permettent de les porter à leur plus haut point de perfection, comment veut-on qu'elles donnent de meilleurs résultats en France où notre tempérament enthousiaste nous dispose mal pour les utiliser ? La publicité, même la plus perfectionnée, contribue à prévenir les irrégularités de constitution, elle ne peut les écarter à elle seule.

Le contrôle de l'établissement dépositaire des fonds de souscription est tardif et négatif (1). Il est tardif, puisqu'il intervient après la constitution de la société et qu'il faudra recommencer la formalité constitutive viciée et celles qui ont suivi si un vice est découvert ; la banque ne délivrera pas les fonds sans cela et c'est une perte de temps et d'argent. Il est négatif en ce sens que l'établissement dépositaire se bornera à dire qu'une formalité a été omise ou mal faite et qu'il faut la refaire sans indiquer comment il faut la refaire.

(1) La Commission parlementaire a, en effet, ajouté au texte de l'avant-dernier alinéa de l'art. 1^{er} présenté par la Commission extra parlementaire, qui détermine les conditions auxquelles les fonds de souscription déposés pourront être retirés de l'établissement dépositaire les mots : « contre production des pièces justifiant que la société a bien été constituée ». Ces mots donnent à l'établissement dépositaire un pouvoir de contrôle sur la constitution sociale. V. M. Colin. Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions.

Or, il est indispensable de posséder un contrôle préventif et positif pour éviter les irrégularités formelles de constitution (1) ? *L'examen officieux du notaire présente ces deux caractères*, c'est pourquoi nous protestons contre sa disparition sans garanties avec la formalité de la déclaration notariée de souscription et versement.

(1) Nous insistons sur le mot formel parce qu'il est très difficile hors d'une enquête approfondie, de découvrir les vices de fond.

TITRE II

Le rôle que pourrait assumer le notaire dans la constitution des sociétés par actions

SOMMAIRE. — Dans l'intérêt de l'Etat et des particuliers il semble utile :

I. — D'exiger l'authenticité des statuts (ancien art. 40 de notre code de commerce) et des procès-verbaux des Assemblées générales constitutives ;

II. — De confier au notaire la mission légale de veiller, sous sa responsabilité, à ce que la société soit régulièrement constituée en la forme, conformément aux dispositions des principales législations étrangères.

Nous admettrions volontiers cependant que soit supprimée la déclaration notariée de souscription et versement en tant que formalité indépendante, si elle devait être remplacée par des sûretés équivalentes suffisantes, comme l'acte notarié obligatoire de société et la **présence également** obligatoire du notaire aux délibérations d'Assemblée générale constitutive, cet officier ministériel étant chargé *sous sa responsabilité* d'établir un procès-verbal conforme et

suffisamment détaillé des délibérations comme en Belgique (1).

On n'attache en effet, pas assez d'importance en France à la rédaction des procès-verbaux d'Assemblée constitutive qui reflètent le véritable caractère de l'Assemblée délibérante (2), et sont l'aboutissement de toute la période constitutive. L'annexion au procès-verbal authentique d'Assemblée générale constitutive des pièces à conviction les plus importantes (feuille de présence, procurations, doubles des bulletins de souscription, récépissé de la banque dépositaire des fonds de souscription, rapport du ou des

(1) Chez nos voisins, le contrôle des opérations constitutives toujours préventif et positif, est confié à un organe spécialisé, magistrat ou fonctionnaire (supra, législation comparée), qui délivre à la suite le permis d'inscription. Nous pourrions essayer le même système, quoique la formalité d'entérinement après vérification soit une institution essentiellement anglo-saxonne, assez éloignée des mœurs françaises. La législation belge qui est la plus voisine de la nôtre a préféré à l'incorporation britannique un large usage des services du notaire, elle a craint de bouleverser par l'adoption d'une réforme aussi radicale tout le système de sa législation antérieure sur les sociétés par actions. Le législateur français ne s'embarrasse pas de pareils scrupules. Cependant en cette matière compliquée, il eût agi sagement, croyons-nous, en imitant la réserve prudente du législateur belge. Evolution ne veut pas dire révolution.

(2) Sur l'importance des procès-verbaux d'assemblée générale constitutive et l'utilité d'en confier la rédaction au notaire, V. législations comparées. Belgique, Allemagne, Italie.

commissaires aux apports, etc.) en assurerait la conservation pour des vérifications ultérieures.

Quant aux statuts, ils sont la première et la principale formalité constitutive, celle dont dépend l'avenir même de la société.

Si cette dernière n'est définitivement constituée qu'après la tenue des Assemblées générales constitutives et ne peut jusque là commencer à fonctionner normalement faute d'avoir reçu la consécration officielle, elle n'en existe pas moins du jour où deux volontés se sont rencontrées pour la fonder (1) et cet accord initial des volontés qui crée avec la personnalité juridique interne de la société, le contrat de société, — personnalité bien faible au début, certes, mais qui va sans cesse se renforçant au cours de la période constitutive pour atteindre la perfection en même temps que le contrat de société lui-même après l'accomplissement de toutes les formalités — se manifeste dans l'élaboration des statuts. Les statuts concrètent l'accord générateur des fondateurs.

(1) Du jour où les fondateurs sont d'accord pour fonder la société, celle-ci est conçue ; elle n'est pas encore née mais elle existe et comme toute personne conçue elle a des droits et elle est tenue d'obligations. Elle a aussi des représentants, les fondateurs, qui agissent en son nom, mais de même qu'un incapable, un mineur par exemple, n'est engagé qu'après avoir ratifié à sa majorité les engagements contractés pour lui par son tuteur, de même la société n'est engagée par les contrats que les fondateurs ont passés pour elle pendant la période constitutive que si elle les ratifie après sa constitution définitive.

Après leur rédaction la société reste incapable, mais elle existe, elle est conçue et c'est à cet accord originnaire, à cet embryon de société que viendront par la suite adhérer d'autres volontés conformes pour former avec les premières l'être moral société *parfait*. Et cependant les statuts, charte organique de la société dont nous avons souligné la complexité, qui sont la première manifestation *externe* de l'être moral société, peuvent être rédigés par acte sous seings privés (1). Il est curieux de voir la loi française actuelle exiger la forme la plus solennelle, l'acte authentique, pour constater certaines conventions entre particuliers (contrats de mariage, donations, constitutions d'hypothèques et subrogations, etc.) et laisser toute liberté aux fondateurs pour élaborer et ré-

(1) V. Lescot (thèse) : « *Essai sur la période constitut. des personnes morales de droit privé* ».

« Cette idée (reconnaissance d'une existence anticipée des personnes morales pendant leur période constitutive) est grosse de conséquences pratiques, dit M. Lescot. Avec elle on aboutit, en matière de sociétés par actions et d'association à rendre la corporation propriétaire des apports de ses membres du jour où ces deniers souscrivent aux stipulations de la charte qui la régit, à conférer à ses organes provisoires des pouvoirs de représentation. *Et ces conséquences appellent une intervention du législateur*, car il convient de veiller à ce que les sommes versées par les souscripteurs ne soient pas gaspillées par les fondateurs ». Et le même auteur ajoute pour conclure : « *L'importance que nous avons attribuée aux statuts exigera qu'ils soient rédigés sous une forme définitive par acte authentique.* » Dans le même sens : Vivante, Droit commercial, tome II n° 331 bis.

diger les statuts des sociétés par actions qui intéressent particulièrement l'intérêt général.

Les statuts sont aussi l'objet du contrat de société auquel le souscripteur *qui est censé les connaître*, adhère purement et simplement. Il est naturel, puisque le public subit les effets d'un contrat sans être appelé à en discuter les clauses, que le législateur commette le notaire pour le représenter à la rédaction de ce contrat (1). Il agirait ainsi conformément à la législation française traditionnelle et aux princi-

(1) On ne saurait comparer aux autres contrats, le contrat de société qui oppose aux fondateurs expérimentés la masse inexpérimentée des souscripteurs (V. *supra*). C'est pourtant ce qu'ont fait les adversaires de l'acte authentique en 1867 comme en 1903. La loi de 1863 avait maintenu pour les sociétés anonymes l'acte authentique obligatoire et la même restriction existait dans le projet gouvernemental de 1863. Le changement introduit dans la loi de 1867 est dû à la Commission de réforme. « La Commission, dit le rapport, s'est demandé pourquoi là où toutes les sociétés peuvent être indifféremment formées par des actes privés ou publics, une exception sera faite pour les sociétés anonymes. Cette atteinte à la liberté des parties n'a pas semblé justifiée. *Sans méconnaître les garanties qu'offre l'expérience d'un officier public d'une garantie claire et précise*, il a semblé que les parties trouveront aisément dans la loi et dans les lumières de leurs conseils, l'équivalent de l'acte public, en réalisant si elles le jugent à propos, une économie toujours désirable. » Sirey : Lois annotées, 1867 p. 205. La Commission a oublié qu'il n'existe pas dans la société anonyme comme dans les autres sociétés, d'associé indéfiniment responsable, et que cette expérience qu'elle est obligée de reconnaître à l'officier public, fait trop souvent défaut chez les conseils privés.

pales législations étrangères contemporaines. Les statuts d'une société anonyme constituent un acte beaucoup trop important pour qu'ils puissent donner lieu à une discussion quelconque, a dit M^e René Nouel. Si jamais l'intervention d'un notaire s'est imposée, c'est pour un acte d'une telle gravité (1). Enfin la rédaction des statuts par le notaire permettrait de déjouer la fraude des fondateurs qui consiste à en modifier le texte après l'adhésion des souscripteurs.

Comme en une matière aussi compliquée que celle des sociétés par actions, on ne prendra jamais trop de précautions pour protéger l'épargne, *du moment où ces précautions n'entravent pas* l'initiative des fondateurs (2), outre l'acte authentique obligatoire de société et le procès-verbal des délibérations d'Assemblées générale également authentique et obligatoire nous conserverions à l'Assemblée générale constitutive son pouvoir de contrôle sérieusement amendé dans le sens des législations belge, italienné et allemande, afin de le rendre efficace (3). La déclaraiton

(1) Nouel op. cit. chap 16. Dans le même sens : Lyon, Caen et Renault t. II n° 681 et Pont t. II n° 1119.

(2) Elles ne l'entraveront pas puisque la Belgique qui utilise les mêmes formalités s'en trouve bien et que l'Allemagne dont la réglementation est autrement compliquée possède une industrie des plus prospères.

(3) Nous savons qu'en Belgique comme en France, faute de documents et de cohésion entre les souscripteurs, les vérifications opérées par l'assemblée générale constitutive sont restées jusqu'alors illusoires.

des fondateurs relative à la souscription intégrale du capital social et au versement légal prescrit pourrait être opérée directement à l'Assemblée constitutive, *en présence du notaire chargé de la consigner au procès-verbal des délibérations*, comme en Belgique; ainsi disparaîtrait la déclaration notariée de souscription et versement, *en tant que formalité indépendante, sans risquer d'aggraver les irrégularités formelles de constitution*.

La nouvelle déclaration pourrait être vérifiée sur le champ par l'Assemblée constitutive comme actuellement en France et en Belgique, mais alors que dans ces deux pays la vérification opérée, est restée illusoire faute de documents sérieux (1) et de cohésion entre les souscripteurs qui s'ignorent, les fondateurs devraient comme en Italie produire à l'appui de leurs déclarations, soit le bulletin de souscription unique à signature légalisée et certifiée par le notaire, soit un double du bulletin de souscription rédigé en la forme sous seings privés, pour justifier des souscriptions; et pour justifier des versements, le reçu de l'établissement de crédit dépositaire des fonds de la souscription qui serait annexé par le no-

(1) On ne peut considérer comme tels la liste des souscripteurs et l'état des versements qui émanent des fondateurs eux-mêmes.

taire au procès-verbal des délibérations d'Assemblée générale constitutive (1).

L'Assemblée constitutive, après avoir constaté, *avec le concours du notaire*, la régularité *apparente* des pièces produites, pourrait se prononcer avec quelques chances de succès sur la sincérité des souscriptions et versements (2). Quant à la vérification des estimations d'apports en nature et des attributions d'avantages particuliers, elle serait grandement facilitée par la production à l'Assemblée, *avant toute délibération*, d'un rapport d'experts professionnels assermentés, comme il en existe en Allemagne, dans le Royaume-Uni et même en Italie.

Les adversaires de l'expertise, — et ils sont nombreux puisqu'ils comprennent, outre les libéraux

(1) La commission de réforme exige bien que ces mêmes pièces (doubles des bulletins de souscription et récépissé de la banque dépositaire) soient produites par les fondateurs au greffier du tribunal de commerce (*supra*, introduction, p. 5) pour être par lui annexées à l'acte de déclaration de souscription et de versement qu'il est chargé de recevoir aux termes du projet, mais elle oublie que le greffier n'est pas qualifié comme le notaire pour vérifier la capacité et l'identité des signataires du bulletin, s'assurer qu'il contient bien les mentions prescrites par la loi, vérifier la sincérité du reçu de la banque dépositaire.

(2) Il est bien entendu que la vérification par l'assemblée comme par le notaire, ne pourra jamais être que formelle. Contre la production de pièces fausses il faudra toujours recourir aux tribunaux pour dévoiler la fictivité au fond des souscriptions et des versements, mais il est permis d'espérer que le nombre des fondateurs peu scrupuleux reculeront devant la rigueur des pénalités encourues pour faux.

sincères, la foule des financiers, industriels ou hommes d'affaires intéressés (1), ont reproché à l'expertise d'être inexacte et de ramener à l'autorisation gouvernementale.

Il est certain qu'une juste évaluation des apports dont la valeur dépend tout à la fois d'éléments matériels et immatériels, de circonstances, de temps et de lieu, s'événements politiques et économiques, est très délicate. Mais il est également certain qu'un personnel choisi, présentant des garanties sûres de compétence et d'honnêteté, spécialisé dans les affaires de société comme sont en Angleterre les «Chartered accountants », peut, sinon. atteindre toujours, du moins approcher bien près de la valeur exacte. Enfin nous estimons qu'entre deux maux, il faut choisir le moindre et qu'une évaluation, même approximative, est préférable à l'absence totale d'évaluation.

On ne saurait reprocher davantage à l'expertise de ramener à l'autorisation gouvernementale. L'expertise ne s'applique qu'aux évaluations d'apports, elle est opérée par des organes indépendants (2) et elle laisse toute liberté aux parties de tenir compte ou de ne pas tenir compte des résultats qu'elle a ré-

(1) Les adversaires de l'expertise sont naturellement adversaires de la déclaration notariée et de toute réglementation en général.

(2) Il en serait ainsi si les experts étaient désignés pour chaque cas particulier par le tribunal de commerce sur la requête des fondateurs et choisis dans un corps d'experts professionnels assermentés.

vélés. L'enquête officielle, au contraire, préalable à l'autorisation gouvernementale, est générale, confiée à des organes tout dévoués au gouvernement, et arbitraire.

L'expertise n'est pas nouvelle en France. Elle avait été adoptée, du moins l'expertise *facultative*, par le projet de réforme de 1884. Elle compte encore de nombreux défenseurs (MM. Thaller, Percerou, M. Colin, Paul Maria) et une proposition de loi intéressante vient d'être soumise à la Chambre par plusieurs députés parmi lesquels M^e Victor Lesaché, député de l'Aube, pour soumettre à l'examen d'experts compétables professionnels, les comptes des sociétés par actions.

Enfin, l'expertise aux apports permettrait, de rendre immédiatement disponibles les actions d'apport.

Nous croyons qu'un double contrôle, *préventif et positif*, à la constitution par le notaire d'abord et par l'Assemblée constitutive ensuite, à laquelle on aurait procuré les moyens d'information précédents, éviterait la plupart des nullités formelles de constitution.

Le notaire rédacteur des statuts et des procès-verbaux d'Assemblée générale constitutive, qui devrait être obligatoirement un notaire du lieu du siège social, agirait comme *mandataire conseil légal* des parties. Il devrait, en conséquence, *sous sa responsabilité*, assurer la légalité et la régularité des statuts,

contrôler les déclarations des fondateurs relatives à la souscription intégrale du capital social et au versement prescrit, assister en personne aux délibérations des Assemblées constitutives et s'assurer que les conditions de quorum et de majorité requises sont bien observées, en rédiger un procès-verbal conforme, suffisamment clair et détaillé, auquel il devrait annexer les pièces constitutives indiquées (supra p. 240), assurer la publicité légale et généralement la régularité de toute la constitution sociale.

Un tel contrôle n'aurait rien d'incompatible avec les fonctions notariales. Le projet de loi de 1856 ne voulait-il pas rendre le notaire juge de la sincérité des opérations de souscription et versement ? Et plus récemment encore le Sénat italien n'a-t-il pas insisté pour lui attribuer la mission générale de contrôle qui a été dévolue finalement au tribunal civil ? Des auteurs éminents en sont partisans. C'est ainsi que M. Thaller, en parlant des opérations de souscription et versement (déclaration notariée) a dit « qu'un contrôle formel du notaire n'aurait rien de choquant ni d'insolite et qu'on agirait dans le sens des principes généraux de la responsabilité en l'exigeant » (1). Il n'existe aucune raison pour ne pas étendre ce con-

(1) Thaller : Annales de droit commercial, février 1906. De la responsabilité des notaires en matière de sociétés par actions.

trôle aux formalités constitutives, ont ajouté MM. Nouel et Colin (1).

L'intervention du notaire dans le sens précédent (mandat légal), serait le meilleur *préventif* contre les irrégularités statutaires, la fictivité des souscriptions et versements, dans une certaine mesure les majorations d'apports et les attributions excessives d'avantages particuliers, l'abus des nullités et les irrégularités de publicité. Complétée par la vérification de l'Assemblée constitutive, elle nous procurerait un système de contrôle préventif et positif, homogène, plus en harmonie avec nos mœurs que l'enregistrement britannique, plus simple, ne modifiant pas sensiblement notre législation sur les sociétés par actions et qui aurait l'avantage, en fournissant au public la meilleure garantie qu'il puisse désirer pour assurer la régularité de la constitution, à savoir la responsabilité d'un conseil juridique éprouvé, de faire cesser la situation équivoque qui résulte souvent pour l'officier ministériel comme pour les parties, de l'application par la jurisprudence de la théorie du mandat tacite (2).

(1) Dans le même sens, V. infra, l'avis des Chambres de commerce.

(2) Supra, responsabilité extraprofessionnelle du notaire.

TITRE III

*Les objections formulées contre l'intervention du notaire dans la constitution des sociétés par actions. Leur inexactitude.
Les vœux du commerce et de l'industrie*

SOMMAIRE : Intervention coûteuse et incapacité professionnelle du notaire, disent ses détracteurs. Cependant le commerce et l'industrie qui sont les principaux intéressés se prononcent pour une plus large participation du notaire à la constitution dans le sens que nous avons indiqué au titre précédent.

On a reproché au notaire de percevoir des honoraires trop élevés, plus élevés a-t-on dit que les droits d'enregistrement et les frais de publicité. et prétendu que son ministère pouvait être remplacé avantageusement par la publicité perfectionnée.

Nous avons dit ce que nous pensions de la publicité en tant que mode préventif d'irrégularité : elle est non pas inutile mais insuffisante. Quant à l'économie qu'elle réalise, voyons plutôt :

La publicité nouvelle comporte :

1° La publication *intégrale* au bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières (J. O.) du texte des statuts et de la notice détaillée sur les apports en nature ou avantages particu-

liers lorsqu'il en existe (art. 58 projet), dix jours au moins *avant la souscription publique*.

2° La relation au bulletin de souscription des mentions essentielles des statuts.

3° La publication *intégrale* au bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières (J.O.) de l'acte de société et de ses annexes *dans le mois qui suit la constitution définitive*.

Et c'est au greffier du tribunal de commerce qu'incombe le soin de requérir la publication de la société.

Si l'on ne peut qu'approuver la première disposition du projet qui prescrit de publier la société dans un organe unique de publicité pour tout le pays, le « bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières », lequel est publié en annexe au *Journal Officiel* et adressé à tous les greffes des tribunaux de commerce où il pourra être consulté gratuitement conformément au système de publicité belge, il n'en est pas de même de la deuxième disposition du projet qui confie au greffier le soin de requérir la publicité. Cette nouvelle imitation de la loi belge est malheureuse et inexacte (1).

(1) Le greffier belge, du reste, se borne à transmettre à la direction du *Moniteur Officiel* pour être publiées, les pièces que lui dépose le notaire. *Mais c'est le notaire belge qui est chargé par la loi et sous sa responsabilité d'établir ces pièces et de les déposer au greffe dans la quinzaine de la date de l'acte définitif* (V. Supra, législation belge, publicité).

Malheureuse parce que le concours du greffier qui reste sans conséquence fâcheuse en Belgique où le notaire est chargé par la loi sous sa responsabilité du soin de rédiger les statuts et de délivrer les pièces nécessaires à la publicité, risque d'avoir les plus graves conséquences en France où le projet de réforme supprime l'intervention du notaire. Le greffier belge peut requérir la publication, toutes les pièces ont été soigneusement examinées, toutes les formalités scrupuleusement observées, le notaire en est garant. Cette garantie n'existe plus en l'absence du notaire. Ce sont alors les fondateurs, généralement sans connaissances juridiques suffisantes, souvent mal conseillés par des personnes irresponsables, qui établissent le texte des statuts, remplissent les formalités légales et délivrent au greffier les pièces à publier. *Celui-ci les reçoit telles qu'on les lui donne, sans les vérifier, et il les fait publier.* La seconde disposition est une imitation inexacte de la loi belge parce que, pour ne pas en déformer l'esprit, elle eût dû conserver la contrepartie du concours du greffier qui est l'intervention du notaire à la constitution comme mandataire légal. En l'absence d'un organe vérificateur à la constitution, notaire ou fonctionnaire *compétent*, le greffier du tribunal de commerce n'est pas plus qualifié pour réaliser la publicité de la société que pour recevoir la déclaration des fondateurs relative à la souscription et au versement.

Mais revenons au sujet qui nous intéresse plus particulièrement : les frais de la publicité nouvelle.

Au taux de 5 francs la ligne, taux des insertions au *Journal Officiel*, la publication double et intégrale des statuts et de leurs annexes, c'est-à-dire de quelques milliers de lignes, occasionne à la société naissante une dépense de plusieurs milliers de francs à laquelle il y a lieu d'ajouter les frais d'immatriculation au registre du commerce (loi du 18 mars 1919) et les frais de publicité désuète organisée en 1867 qui a été maintenue par le projet de réforme (dépôt au greffe du tribunal de commerce) (1) et insertion d'extrait dans un journal d'annonces légales) et doit être effectué tant au siège social qu'au siège de ses succursales. Pour peu que celle-ci soit importante et possède des succursales, c'est une nouvelle dépense de plusieurs milliers de francs qui incombe à la société. On comprend dès lors que le législateur effrayé ait voulu sacrifier la déclaration notariée.

Il était cependant possible, sans nuire à l'intérêt général au contraire, de simplifier et de réduire les frais de cette formidable publicité.

(1) La rédaction nouvelle (28 février 1907) du projet de loi relatif aux sociétés par actions et déposé par la Commission parlementaire supprime le dépôt obligatoire des pièces constitutives *au greffe de la Justice de paix* (Art. 55 et 56 nouveaux).

La publicité préalable à la souscription publique est utile, soit. Mais au lieu de publier intégralement le texte des statuts à l'Officiel, il était aussi simple et *bien moins coûteux*, les statuts étant notariées d'exiger au nombre des mentions à inscrire au bulletin de souscription réglementé (1), le nom du notaire rédacteur des statuts. Le public aurait trouvé auprès de l'officier ministériel tous renseignements utiles : ceux publiés à l'officiel, et des explications verbales que ne peut lui procurer une publication par la presse. En outre, le texte des statuts arrêté *définitivement* en la forme notariée avant toute souscription était comme la publication préalable des statuts à l'officiel, un obstacle suffisant à la fraude des fondateurs qui désiraient modifier le texte des statuts après la souscription.

La publication intégrale à l'officiel du texte des statuts, avec ses annexes *avant et après* la constitution de la société est très onéreuse. Puisque la commission de réforme s'était inspirée du système de publicité belge pour organiser la publicité nouvelle, pourquoi n'a-t-elle pas permis comme en Belgique de se référer pour la 2^e publication des statuts à celle qui

(1) La réglementation du bulletin de souscription est essentielle. Elle prime, à nos yeux, la publication des statuts à titre de prospectus, et s'il fallait choisir entre les deux, nous opterions immédiatement en faveur du bulletin de souscription réglementé. Nous avons exposé les raisons de cette préférence.

avait précédé la souscription ? Là encore il y a une imitation maladroite de la loi belge.

Enfin il n'était pas du tout nécessaire avec la publication à l'officiel, répandu dans tout le pays, mis gratuitement à la disposition de tous (1) et avec l'adoption récente du registre du commerce, qui centralise précisément au greffe du tribunal de commerce (registre local) et à l'office de la propriété industrielle à Paris (registre central) tous renseignements utiles sur les sociétés par actions, de maintenir les formalités de publicité démodées instituées en 1867 : dépôt aux greffes et publications d'extraits dans les journaux d'annonces légales dont nous avons signalé les inconvénients (2).

La publicité nouvelle telle qu'elle est organisée est donc inutilement compliquée et surtout *très onéreuse*, beaucoup plus onéreuse que les honoraires qui sont alloués au notaire par le tarif (3). Rendra-t-elle les immenses services qu'en attendent ses partisans ?

(1) Art. 56 du projet de loi, in fine.

(2) Supra, introduction. Il est vrai que la Commission de réforme ne pouvait prévoir lorsqu'elle a réorganisé la publicité des sociétés par actions le vote de la loi du 18 mars 1919.

(3) V. infra. — L'initiative du législateur qui établirait un tarif spécial pour les publications des sociétés par actions au *Journal officiel*, ou bien au cas où ce journal ne pourrait réduire ses tarifs, créerait un organe spécial à tarifs réduits recevrait l'approbation générale.

Nous en doutons. L'expérience ne lui a pas été jusqu'alors très favorable (1).

Il est tout aussi inexact d'assurer que les honoraires du notaire sont égaux ou supérieurs aux droits d'enregistrement et grèvent lourdement la constitution sociale. Si ces honoraires ont pu être taxés d'exagération avant guerre, il n'en est plus de même aujourd'hui. Alors qu'en fait la responsabilité du notaire a été considérablement augmentée par la jurisprudence la plus récente, alors surtout que le coût de la vie a pour le moins triplé, *les honoraires des notaires n'ont pas été augmentés pour les actes dans le département de la Seine ; et ils n'ont été augmentés que du 1/4 seulement pour ces mêmes actes dans les départements (décrets des 20 décembre 1919 et 15 juin 1920).*

Le tarif d'avant-guerre était d'après le décret du 25 août 1898 :

(1) La loi du 30 janvier 1907 qui exige la publication au *Journal officiel* d'une notice explicative avant que les titres soient offerts au public, n'a donné aucun résultat. Les financiers les plus véreux ont observé ces prescriptions sans en être aucunement gênés. « Quoi qu'il en soit de cette utilisation hardie de la loi de 1907, écrit à ce sujet M. Nouel, il est sûr que si ces dispositions ont gêné les fondateurs de sociétés honnêtement constituées en augmentant considérablement les frais, les émetteurs peu scrupuleux ont paru plutôt heureux de ces nouvelles formalités ».

Pour le département de la Seine et de la ville de Paris.

Actes des sociétés anonymes ou en commandites par actions 0,50 % et 1 à 500.000 ; 0.25 de 500.000 à 1.000.000 ; 0.125 % de 1.000.000 à 3.000.000 ; 0.625 au-dessus, avec un minimum de 20 francs.

Déclaration de souscription du capital social : Si l'acte de société a été reçu dans l'étude 20 fr., dans le cas contraire l'honoraire qui aurait été perçu sur l'acte de société.

Et dans le ressort de la Cour d'appel de Paris.

Actes de sociétés anonymes ou en commandite par actions 0.50 % de 1 à 200.000 ; 0.25 % de 200.000 à 500.000 ; 0.125 % au-dessus avec un minimum de 20 francs.

Déclaration de souscription du capital social : si l'acte de société a été reçu dans l'étude 20 francs ; dans le cas contraire, l'honoraire qui aurait été perçu sur l'acte de société.

En sorte qu'un notaire de Paris aura droit à 3.750 francs d'honoraires pour établir les statuts d'une société par actions au capital social de 1.000.000.

Et un notaire du ressort de la Cour d'appel de Paris a 2.968 fr. 75 pour établir les statuts de la même société.

En admettant que l'acte constitutif de société ne

contienne que des apports purs et simples (1), c'est-à-dire qu'il ne contienne ni obligation, ni libération, ni transmission de biens, meubles, ou immeubles entre les associés ou autres personnes, la société devra acquitter à l'enregistrement : 1° le droit proportionnel de 3 % (2,50 % plus deux décimes) sur le montant net cumulé des apports mobiliers et immobiliers (2) ; 2° le droit fixe de 7 fr. 20 (6 fr. plus deux décimes) ; 3° le droit de transcription de 2.40 % (2 % plus deux décimes) sur la valeur en capital de l'apport lorsque l'acte de société constatant un apport immobilier *ne donne pas ouverture, à raison de cet apport au droit de mutation entre vifs à titre onéreux.*

Dans l'exemple précédent, le capital social étant de 1.000.000 et composé partie d'apports mobiliers

(1) L'apport est *pur et simple*, lorsque l'associé en échange de son rapport ne reçoit qu'une part de droits sociaux. L'apport est *à titre onéreux* lorsqu'il a lieu moyennant un équivalent, un prix par exemple, à payer par la société à l'associé apporteur ou à ses créanciers. Dans ce cas, il y a mutation à titre onéreux possible du droit proportionnel afférent à la nature de la mutation opérée (vente de meubles ou d'immeubles, bail, marché, obligation, etc...).

(2) Le droit proportionnel d'apports fixé d'abord à 0 fr. 20% a été porté à 1 % sans décimes par la loi du 29 juin 1918, puis à 1 % plus deux décimes, c'est-à-dire à 1.20 % par la loi du 2 mars 1924 (Art. 3) et enfin à 2 fr. 50 % plus deux décimes, c'est-à-dire à 3 % par la loi récente du 13 juillet 1925 (Art. 40). *Ce droit porte sur le montant net cumulé des apports mobiliers et immobiliers.* Les droits proportionnels d'apports n'étant dûs que lors de la constitution définitive de la société, sont perçus par l'administration lors de l'enregistrement au bureau du siège social des procès-verbaux des délibérations des assemblées générales constitutives.

(800.000 fr. net) et partie d'apports immobiliers (200.000 fr. nets), il sera perçu par l'administration de l'enregistrement $3 \times 1.000.000 = 30.000$ fr. sur le mon-

100

tant net cumulé des apports mobiliers et immobiliers (droit d'apports pur et simple), plus $2.40 \times 200.000 =$

100

4.800 (droit de transcription immobilière) (1) sur le montant des apports immobiliers, ensemble 34.800.

En estimant que les statuts comportent un texte de 1000 lignes — ce qui n'a rien d'exagéré — ce sont 2000 lignes qui devront être insérées au *Journal Officiel* aux termes du projet de réforme (Publication intégrale des statuts avant et après la constitution sociale). Au tarif de 5 fr. la ligne, qui est usité pour les insertions au « Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières », la société devra payer à la direction du *Journal Officiel* $2000 \times 5 \text{ fr.} = 10.000 \text{ fr.}$ auxquels il convient d'ajouter les frais de dépôt des pièces constitutives aux greffes des tribunaux de commerce du siège social et des succursales, les frais des insertions d'extraits dans les journaux d'annonces légales et les frais d'immatricu-

(1) Depuis la loi de finances du 13 juillet 1911 (Art. 8), le décret de transcription immobilière est perçu lors de l'enregistrement de l'acte de société, qui est soumis lui-même au droit fixe de 7 fr. 20. L'acte de société est enregistré avant ou en même temps que l'acte de déclaration notariée de souscription et de versement, c'est-à-dire à une époque où la société n'est pas encore constituée.

culation au registre du commerce. Au total, environ 12.000 fr. que la société devra déboursier pour être régulièrement publiée d'après le projet.

34.800 fr. à l'enregistrement, 12.000 fr. pour la publicité et de 2.000 à 4.000 au notaire rédacteur des statuts, tels sont les frais de constitution approximatifs qui incombent à une société par actions au capital de 1.000.000 de fr. Ces chiffres se passent de commentaires. Il est évident que les honoraires du notaire ne grèvent pas lourdement la constitution sociale, encore bien moins qu'ils sont supérieurs aux droits d'enregistrement. L'Etat a doublé, triplé ou quadruplé ces derniers, il a augmenté dans les mêmes proportions les traitements des fonctionnaires, mais il n'a rien fait pour les notaires qui subissent cependant comme les autres les effets de vie chère (1). Et pourtant les notaires, ont rendu et rendent encore à l'Etat les plus grands services : On leur doit en partie le succès des emprunts de guerre et d'après-guerre (voir le bulletin de l'Association Nationale des notaires de France, numéro 31 juillet 1925, dans lequel M^r Voituriez, président de l'Association adresse un appel au notariat français, en faveur de l'emprunt de consolidation 1925 4 % et le numéro du 30 septembre 1925, dans lequel M^e Voituriez, remercie ses collègues du concours qu'ils ont bien voulu lui procurer et qui lui a permis de « répondre à l'appel pressant que lui

(1) Les appointements des clercs, notamment ont doublé et triplé, encore n'en trouve-t-on pas facilement.

avait spécialement adressé le gouvernement » ; ils sont pour le Trésor auquel ils avancent les droits d'enregistrement des collecteurs *gratuits* d'impôts ; enfin, tout récemment encore, leurs services ont été sollicités par le gouvernement pour copérer à la diffusion du chèque-contributions. Il n'est pas douteux que le notariat est une institution essentiellement utile, à l'Etat comme aux particuliers.

Si l'on considère que les notaires ont dû étudier jusqu'à 25 ans au moins, le plus souvent jusqu'à 30 ans, avant d'être titulaires, qu'ils ont engagé dans l'achat de leur étude un capital important, que l'exercice du notariat comporte de lourdes responsabilités, et que les frais généraux ont considérablement augmenté depuis la guerre, le tarif actuel des notaires qui est resté à Paris le tarif d'avant-guerre et n'a été augmenté que dans une très faible proportion, en province ne semble pas exagéré. Du reste, nous voyons tous les jours des agents d'affaires prendre dans les mêmes circonstances des honoraires plus élevés que ceux des notaires, et il est curieux de noter que les mêmes personnes qui sont disposées à contester aux notaires des honoraires très raisonnables, paient sans mot dire les sommes excessives que réclame l'agent d'affaires. La raison ? L'agent d'affaires sait à merveille frauder le fisc : les sommes exagérées qui lui sont versées sont compensées et au delà par les droits qu'il détourne des caisses du Trésor, et le client satisfait d'éviter les droits considéra-

bles dûs à l'Etat, trouve qu'en fin de compte il a payé beaucoup moins cher qu'echez le notaire. Tout le monde est satisfait puisque l'Etat fait les frais du marché. Le notaire du fait qu'il est pour l'Etat un collecteur gratuit et consciencieux d'impôts, est mis en état d'infériorité vis-à-vis de son concurrent libre.

On a objecté aussi l'incapacité professionnellé du notaire en matière de constitution de société par actions (1). Nous croyons que l'objection n'est pas fondée en ce sens que son auteur fait de l'exception la règle. Les notaires sont soumis à des conditions d'admission suffisamment rigoureuses pour assurer au corps notarial une majorité compétente et surtout honnête. La liberté que les Pouvoirs publics ont jusqu'alors accordée (2) à la profession d'agent d'affaires a permis à

(1) Léouzon-le-Duc : La réforme des sociétés par actions, p. 31, en note. — L'auteur qui ne semble pas apprécier beaucoup les services des notaires cite le cas d'une faute grossière commise par un notaire de Paris. Il en profite pour généraliser et critiquer tout le corps notarial. Nous croyons qu'il existe des incapables dans toutes les professions, parmi les avocats comme parmi les notaires, et qu'il est imprudent de discréditer toute une profession par la faute d'un membre ou de quelques-uns de ses membres.

(2) Nous disons « jusqu'alors », car diverses propositions de loi ont été faites pour réglementer la profession d'agent d'affaires : propositions de M. Jules Brunet (V. supra, p. 83, note 2) ; et plus récemment les propositions de MM. Garat, député des Basses-Pyrénées et René Coty, député de la Seine-Inférieure. Il serait désirable d'écarter certaines personnes, telles que condamnés, faillis, etc., des fonctions d'administrateur ou de directeur de société par actions, à

nombre d'hommes d'affaires véreux, notamment à des officiers ministériels destitués ou mis en demeure de vendre, de fonder des cabinets d'affaires. Sans vouloir généraliser comme M^e Léouzon-le-Duc, car nous reconnaissons qu'il existe des cabinets sérieux, il n'en est pas moins vrai que cette profession est le refuge des hommes de loi qui n'ont pas réussi. L'absence de responsabilité leur permet les opérations les plus oseees. Le notaire qui commet une faute répare, son cautionnement en est garant, et les tribunaux savent le lui rappeler. Contre l'homme d'affaires privé ignorant ou malhonnête, le recours des parties est toujours illusoire.

Cette question de responsabilité qui serait considérable si la loi nouvelle attribuait au notaire le rôle de mandataire conseil des parties, à la constitution des sociétés par actions, suffit à elle seule pour justifier à nos yeux le concours du notaire.

Notre opinion est partagée du reste par les principales Chambres de commerce ainsi qu'en témoignent ces quelques lignes empruntées au rapport remarquable, déjà cité, de M. Paul Maria au 16^e Congrès des

cet effet on pourrait astreindre les directeurs et les administrateurs de sociétés par actions à présenter au notaire qui reçoit la déclaration de souscription et versement ou à l'assemblée générale des actionnaires, une copie de leur casier judiciaire. Dans ce sens, Léouzon-le-Duc, op. cit. On évincerait ainsi un nombre respectable d'aventuriers de la constitution et de la direction des sociétés par actions.

notaires de France, à Marseille (Séance du 6 juin 1906) :

« Il est bien certain, dit M. Gustave Couve, dans son rapport sur le projet de loi de 1903, rapport adopté par la Chambre de commerce de Marseille, que les fondateurs auront plus que jamais, dans le dédale des lois nouvelles, besoin de s'entourer de conseils. Ne faut-il pas redouter l'intervention d'agents d'affaires plus ou moins consciencieux, dont les services non tarifés sont payés, dans certains cas, plus cher que ceux du notaire, et dont la responsabilité, même morale, sera certainement plus illusoire ? *Nous croyons, donc que le notaire, officier public, paraît mieux désigné ; mais il faudrait qu'il eût le devoir de se faire justifier que toutes les prescriptions de la loi ont bien été remplies, et que sa responsabilité fût engagée, dans une certaine mesure, en cas d'irrégularité.*

Et plus loin :

« Peut-on raisonnablement supposer, dit M. Guiland, dans son rapport sur le même projet de loi à la « Société de Défense du Commerce de Marseille », que la loi suffira à guider les fondateurs de sociétés, et que ceux-ci, à défaut d'un notaire, ne consulteront pas un avocat ou un homme d'affaires ? Et ces consultations seront-elles plus gratuites que le ministère du notaire, si même elles ne sont pas plus coûteuses parfois, sans être toujours aussi efficaces ? »

M. Lemarchand, dans son rapport à la Chambre de

commerce de Rouen se prononce dans le même sens et M. Gustave Dubar formule les mêmes craintes dans son rapport à la Chambre de commerce de Lille.

On avouera que l'attitude du législateur qui élabore une loi destinée à régler le Haut commerce et la Grande industrie à l'encontre des désirs manifestés par les intéressés est pour le moins originale.

L'expérience a prouvé la faillite des régimes de liberté absolue ou de réglementation insuffisante (1) et

(1) Voir, supra : 1° Le rôle du notaire dans la constitution des sociétés par actions jusqu'à nos jours (titre I, p. 5). Les périodes de réglementation nulle ou insuffisante ont toutes été des périodes de crise ; 2° Le chapitre de la législation comparée : Toutes les législations voisines, même les plus libérales, évoluent vers une réglementation minutieuse de la constitution et du fonctionnement des sociétés par actions.

L'exemple de la législation allemande sur les sociétés par actions qui est le prototype des législations réglementées, inflige un cruel démenti aux adversaires de toute réglementation. Non seulement la réglementation allemande qui est pourtant fort minutieuse n'as pas entravé la constitution des sociétés par actions sérieuses, mais elle a procuré à l'Allemagne un commerce et une industrie des plus florissants qui, sans la guerre récente, étaient en voie de conquérir le marché mondial au Grand Dam de l'Angleterre, pays de liberté (il ne faut pas voir ailleurs la raison de l'intervention anglaise à nos côtés). Le commerce et l'industrie allemands qui sont restés des plus redoutables constituent encore maintenant une véritable puissance avec laquelle l'Etat allemand doit compter : les pourparlers de paix l'ont suffisamment démontré. La Belgique utilise un système proche du nôtre et s'en trouve bien. De même l'Italie. Enfin il n'est pas jusqu'à l'Angleterre, qui, après avoir usé d'une très grande liberté et s'en être assez mal trouvée (désastre des mines d'or et débâcle des affaires de caoutchouc précitées) ne donne un coup de barre nettement orienté vers la réglementation légale.

le législateur qui doit parer à l'insuffisance de cette réglementation, car la réforme de la loi de 1867 n'a pas d'autre but, supprime, *sans la remplacer par aucune sûreté équivalente*, une formalité essentielle qui achève de ruiner le fragile édifice échafaudé en 1867 pour protéger l'épargne.

Paris, le 18 janvier 1926.

VU :
Le Doyen,
BERTHELEMY.

VU :
Le Président,
J. HEMARD.

VU
et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. LAPIE.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT FRANÇAIS

- PONT. — *Sociétés commerciales*, t. 2.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*.
- THALLER et PIC. — *Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des Sociétés commerciales*, par Paul PIC.
- HÉMARD. — *Théorie et pratique des nullités de Sociétés*.
- MAURICE COLIN. — *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les Sociétés par actions*.
- NOUËL. — *Les Sociétés par actions. La réforme*.
- ARTHUYS. — *Traité des Sociétés commerciales*.
- GASTAMBIDE. — *Le fondement rationnel de la réglementation légale des Sociétés par actions* (thèse).
- HOUPIN. — *Traité général des Sociétés civiles et commerciales et des associations*.
- ROUSSEAU. — *Des Sociétés commerciales françaises et étrangères*.
- LÉGUZON LE DUC. — *La réforme des Sociétés par actions*.
- LESCOT. — *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé* (thèse).
- MARIA. — I. *Les Sociétés commerciales par actions*.
II. *Projet de loi sur les Sociétés par actions* (Rapport présenté par M^e Paul Maria, notaire à Marseille, au 16^e Congrès des notaires de France.)
- AMIAUD. — *Traité formulaire du notariat*.
- VAVASSEUR. — *Traité théorique et pratique des Sociétés par actions*.
- DECUGIS. — *Traité pratique des Sociétés par actions*.
- LEFRANÇOIS. — *De la responsabilité civile des notaires*.
- NEYMARCK. — *Que doit-on faire de son argent ?*

- DALLOZ. — I. Répertoire, V^e notaire, Sociétés par actions.
II. Recueil périodique, lois et jurisprudence.
Annales de droit commercial.
Revue politique et parlementaire.
Bulletin de la Société d'études législatives.
Journal des Sociétés civiles et commerciales.
Revue des Sociétés.

DROIT BELGE

- NYSSENS et CORBIAU. — *Traité des Sociétés commerciales.*
GUILLERY. — *Des Sociétés commerciales en Belgique.*
Revue pratique des Sociétés.
Pandectes belges.

DROIT ALLEMAND

- DE MURALT. — *De la fondation des Sociétés anonymes d'après les législations françaises, allemande, belge, italienne, etc... et d'après le code fédéral des obligations.*
BING. — *La Société anonyme en droit allemand.*
LUCIEN ADOLPH. — *Manuel pratique des Sociétés anonymes étrangères.*

DROIT ITALIEN

- VIVANTE. — *Droit commercial*, t. 2 (Sociétés commerciales).
BING. — *La Société anonyme en droit italien* (thèse, étude de législation comparée).

DROIT BRITANNIQUE

- Fernand LAURENT. — *Esquisse d'une étude comparée des législations française et britannique en matière de Sociétés par actions* (thèse).
GIRAUDET et MELIOT. — *Manuel pratique des Sociétés anglaises par actions.*
GLASSON. — *Histoire du droit de l'Angleterre.*

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	271
INTRODUCTION	1
PLAN	13

PREMIERE PARTIE

Le rôle du notaire dans la constitution des Sociétés par actions en droit français

TITRE I. — <i>Le rôle du notaire dans la constitution des Sociétés par actions jusqu'à nos jours</i>	15
TITRE II. — <i>Le rôle actuel du notaire dans la constitution des Sociétés par actions</i>	28
CHAPITRE 1 ^{er} . — La mission légale du notaire dans la constitution des Sociétés par actions.....	29
Section I. — Statuts	30
Section II. — Déclaration de souscription et de versement.	47
Section III. — Publicité.....	64
Section IV. — Augmentation du capital social....	70
Section V. — Dépôt des pièces constitutives en l'étude du notaire	76
CHAPITRE 2 ^e . — Le rôle du notaire en dehors de sa mission légale	81
Section I. — Le notaire conseil des parties (rôle réel ou de fait).....	82
Section II. — Le notaire mandataire des parties (rôle conventionnel)	91
Section III. — Responsabilité du notaire : a) professionnelle ; b) extraprofessionnelle	94

DEUXIEME PARTIE

Le rôle du notaire dans la constitution des Sociétés par actions en droit comparé.

TITRE I. — <i>Droit belge</i>	117
TITRE II. — <i>Droit allemand</i>	150
TITRE III. — <i>Droit italien</i>	175
TITRE IV. — <i>Droit britannique</i>	196

TROISIEME PARTIE

Quel doit être le rôle du notaire dans la constitution des Sociétés par actions ?

TITRE I. — <i>Les résultats fournis par l'examen du droit comparé et par l'expérience</i>	226
TITRE II. — <i>Le rôle que pourrait assumer le notaire dans la constitution des Sociétés par actions</i>	239
TITRE III. — <i>Les objections formulées contre son in- tervention et leur inexactitude</i>	251

